Die Vorverträge

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Wilhelm Kerstjens
Referendar
aus Amanvilliers / Metz

Marburg a. d. Lahn
Buchdruckerei Franz Fischer, Kugelgasse 1 (am Kalbstor)
1929

Von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Marburg als Dissertation angenommen am 1. Juni 1929

Referent: Geheimer Justizrat Professor Dr. Fr. Leonhard

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit

Inhalt.

Literatur-Verzeichnis.

Adler, K., „Realkontrakt und Vorvertrag" in Jhering Jahrb. Bd. 31/192.

Arndt, Lehrbuch der Pandekten. 14. Aufl. 1889.

Attenhofer in Zeitschr. für schweizerisches Recht Bd. 8/335.

Bähr, Anerkennungsvertrag. 3. Aufl. 1894. Leipzig.

Bechmann, Der Kauf nach Gemeinem Recht II. 1.

Berndt, Verpflichtungsverträge nach dem BGB. Diss. Heidelb. 1911.

Beseler, Lehre von den Erbverträgen II. 1. Göttingen 1840.

Böttcher, Der Vorvertrag nach dem BGB. Halle 1912.

Breit, „Willenserklärung als Äußerungs- und Leistungsgegenstand" in Gruchots Beitr. zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 55.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Erlangen 1895.

Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1922.

Cosack-Mitteis, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Jena 1927 Bd. 1.

Crome, System des Bürgerlichen Rechts 1905.

Degenkolb, „Der Begriff des Vorvertrages" in Freiburger Festschrift 1871.

— —, „Zur Lehre vom Vorvertrag" in Archiv für civile Praxis Bd. 71/1.

Deiter, Der Verpflichtungsvertrag im Bürgerl. Gesetzb. Marb. Diss. 1902.

Demelius, Realkontrakt im heutigen Recht in Jherings Jahrb. f. Dog. Bd. 3/33.

Dernburg, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II. 1906.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des BGB. 2. Aufl. Berlin 1903.

Eisele, Über Realkontrakte in Zeitschrift für schweizer. Recht, N. F. 3/1.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I. 1899.

Endter, Th., Der Vorvertrag im heutigen Recht. 1923. Diss. Würzburg.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. II/2. Marburg 1927.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen = RG.

Fischbach, „Vorbereitende Rechtsverhältnisse" im Archiv f. bürgerl. Recht 41/364.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 12. Aufl. 1923.
Fourman, Das pactum de mutuo dando. 1896.
Geller, Der Vorvertrag. Diss. Erlangen 1908.
Gerber, System des deutschen Privatrechts. 1852.
Göppert, „Zur Lehre von den pacta de contrahendo" in Krit. Vierteli.-Schr. 14/400.
Greis, Benno, Zur Lehre vom Vorvertrag. Diss. 1913 Rostock.
Gruner, Kennt das geltende Recht Realverträge? 1914 Dissertation.
Hellmann, in Krit. Vierteli.-Schr. Bd. 41/222 u. Archiv Ziv.R. 90/434.
Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.
Hoeniger, „Zum Vereinbarungsdarlehen" in Archiv f. ziv. Praxis Bd. 33/278.
Kinne, „Der contractus mohatrae" in Gruchots Zeitschr. Bd. 56/469.
Kipp, Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen und Rechtshandlungen. 1892.
Kipp-Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. Frankf. 1906.
Koch, W., Die Form des Vorvertrages bei formellen Verträgen. 1919. Diss. Breslau.
Kohler, J., Lehrbuch des bürgerl. Rechts Bd. II. Berl. 1906.
— —, „Das Vereinbarungsdarlehn" in Archiv f. bürg. Recht Bd. 33/3.
Krahmer, Der Darlehnsbegriff im bürg. Gesetzb. 1900.
Krehbiel, Der Vorvertrag. Diss. 1903. Erlangen.
Leuner, Der Vorvertrag nach BGB. Diss. 1922. Erlangen.
Lübbert, E., „Der Kreditvertrag" in Iherings Jahrbuch Bd. 52 S. 392.
Motive zum Entwurfe eines Bürgerl. Gesetzbuches.
Oertmann, Kommentar zum BGB. Allg. T. 1927.
Planck, Kommentar zum BGB. II. 2. 1928.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des Bürgerl. Gesetzbuches. I. Teil.
Rath, Vorverträge nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. 1906.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Recht, Das, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Regelsberger, Zivilrechtliche Erörterungen in Endemanns Hdb. des Handelsrechts Bd. 2/417.

Rehbein, Das bürgerliche Gesetzbuch 1903.
Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch. 5. Aufl.
Schloßmann, Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sog. Realverträge. Jhr. J. 45/1.
Scholtze, Gibt es nach dem Recht des BGB. Vorverträge? Jena 1916.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München-Berlin 1928.
Staub, Kommentar zum HGB. Berlin-Leipzig. 12./13. Aufl. 1926.
Stintzing, W., Die Vorverpflichtung im Gebiete der Schuldverhältnisse. 1903.
Suffrian, Pactum de mutuo dando. 1866.
Thiele, „Das Anwendungsgebiet des § 313/1 BGB." in Zeitschr. des Dt. Notarvereins 1902 Bd. II 317.
Thöl, Das Handelsrecht. 4. Aufl. 1878.
Tobias, Der Vorvertrag nach dem Bürgerl. Gesetzbuch. Rostock 1916.
Traut, Beiträge zur Lehre vom Vorvertrag. Dissertation Heidelb. 1911.
v. Tuhr, Allg. Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. München 1914 Bd. II/1.
Unger, Realkontrakte im heutigen Recht in Iherings Jahrb. f. Dog. Bd. 8/1.
Walsmann, Ein Beitrag zur Lehre von den Willensbedingungen in Jhr. Jhb. 54/299.
Warneyer, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch f. das Deutsche Reich I 1923. Tübingen.
Weber, K., Realkontrakt u. Vorvertrag. Diss. Breslau 1923.
Winkelmann, Die juristische Bedeutung einseitig bindender Abreden. Diss. Breslau 1927.
Witter, Der Darlehnsvertrag. Diss. Erlangen 1915.

I. Kapitel.

Allgemeines.

§ 1. Einleitung.

Wenn wir an die gestellte Aufgabe, den Begriff und die Bedeutung der sogenannten Vorverträge im heutigen Recht zu erörtern, herangehen, so werden wir als Erstes feststellen können, daß von Seiten des Gesetzgebers eine Regelung dieses Instituts nicht erfolgt ist. An keiner Stelle unseres Bürgerlichen Gesetzbuches finden wir überhaupt das Wort „Vorverträge" erwähnt. Forscht man in den Motiven nach, so liest man mit Befremden, daß der Gesetzgeber eine allgemeine Regelung dieser Verträge wegen Fehlens eines hinreichenden Bedürfnisses für überflüssig gehalten hat. Die gewiß nicht dankbare Aufgabe, einen dem heutigen Recht entsprechenden Begriff des Vorvertrages zu schaffen, und ferner die Prüfung der Frage, welche Vorschriften unseres Gesetzbuches auf dieses Institut Anwendung finden, fiel der Wissenschaft zu, die sich zwar bemühte, eine einheitliche Gestaltung der über die oben erwähnten Fragen bestehenden Meinungen und eine Klärung der Lehre vom Vorvertrage herbeizuführen, jedoch nur teilweise das gesteckte Ziel erreichen konnte. Die große Zahl derer, die sich bis zum heutigen Tage mit diesem Problem beschäftigt haben, zeigt uns schon, daß dieser Streit, der — wie wir noch später darzulegen haben — auch von großer praktischer Bedeutung ist, noch nicht sein Ende erreicht hat; ja, mit Bedauern muß man feststellen, daß die schon bestehende Verschiedenheit in der Auffassung von dem Wesen dieses Rechtsgebildes und seiner Brauchbarkeit zugenommen hat. Gegenstand unserer Ausführung wird es sein, eine Darstellung dieser Lehre zu geben und zu den einzelnen Fragen, soweit sie noch heute von Bedeutung sind, Stellung zu nehmen. Von

einem kurzen geschichtlichen Überblick ausgehend, werden wir uns zunächst mit dem Begriff und den Arten der Vorverträge beschäftigen, um dann die einzelnen Voraussetzungen und Wirkungen derselben zu erörtern. Eine Untersuchung des Vorvertrages kann sich jedoch nicht auf diesen allein beschränken, vielmehr führt sie mit Notwendigkeit zu einer anderen, größere Streitfragen des neuen Rechts erzeugenden Frage, nämlich zu der nach der Natur des Realvertrages, von dessen Bestehen die weiteren Erörterungen über die zahlreichen Vorverträge zu Realkontrakten abhängig sind. Daß auch diese Realverträge von jeher auf das schärfste bekämpft und verteidigt wurden, werden die Ausführüngen im letzten Kapitel ergeben, in dem die verschiedenen Ansichten über das Wesen und die praktische Bedeutung derselben eine, im Rahmen dieser Arbeit ihrer Bedeutung entsprechende Behandlung finden werden.

§ 2. Geschichtlicher Überblick.

Wenden wir uns zunächst dem Rechte zu, das zum größten Teil die Grundlage unseres heutigen bildet, dem römischen, so bemerken wir, daß zwar der Name und Begriff des Vorvertrages diesem unbekannt war, daß aber doch — wie aus einigen Stellen des corpus juris civilis hervorgeht — ein Rechtszwang zum contractus bestanden hat. Zur Begründung dieser Ansicht dienen besonders die Stellen[1]) 1. 5 pr. Dig. de actionibus emti 19/1; eadem 1, § 1; 1. 49, § 8 de legatis I; 1. 66, § 8/9 de leg. I; 1. 68 Dig. de verborum obligationibus 45/1 und 1. 44 de solutionibus 46/3, wonach die Verpflichtung zum Abschluß eines obligatorischen Vertrages durch Legat auferlegt wurde. Der durch das Vermächtnis Bedachte erhielt durch diese Verfügung einen Anspruch gegen den

1) Stintzing a. O. S. 7; Regelsberger S. 129; Berndt a. O. S. 3; Beseler a. O. S. 57; Göppert S. 410; Schloßmann a. O. S. 65; Deiter a. O. S. 3.

Beschwerten auf Abschluß eines Kauf- oder Mietvertrages, den er mit der actio ex testamento durchsetzen konnte[2]). Daneben bestand auch die Möglichkeit, durch Abschluß eines Verpflichtungsvertrages einen solchen Zwang vertragsmäßig zu begründen[3]). Obwohl damit die Möglichkeit, durch Vorverträge Verpflichtungen zum Abschluß anderer Verträge zum Entstehen zu bringen, gegeben war, fand dieses Institut im römischen Recht nicht dieselbe Beachtung wie im heutigen, waren doch die Römer gezwungen, sich der Stipulationsform zu bedienen, um diesen Verträgen rechtliche Wirkung zu verschaffen; vorausgesetzt, daß das Versprechen nicht zum Nebenbestandteil eines contractus bonae fidei gemacht werden konnte[4]). Erst als die Stipulation in Deutschland nicht rezipiert wurde und dadurch im Gemeinen Recht alle nicht an eine besondere Form gebundenen Verträge formlos gültig und klagbar wurden, der Unterschied zwischen contractus und pacta also fortgefallen war, schenkte man diesem Institut des sog. Vorvertrages mehr Beachtung und bemühte sich, den Begriff desselben herauszuarbeiten. So wurden die einzelnen pacta dieser Art mit einem gemeinsamen Namen bezeichnet; zum ersten Mal taucht der Name „pactum de contrahendo" auf, unter dem diese Verträge bis in die neuere Zeit hinein bezeichnet und besonders auch bei dem gemeinrechtlichen Streit über die Geltung der sog. nuda pacta in den einzelnen Schriften behandelt wurden. Ihre Anerkennung fanden die Vorverträge jedoch erst durch die Kodifikationen[5]) des 19. Jahrhunderts, und so finden wir im Allg. Landrecht, im Österreichischen Zivilgesetzbuch und auch im Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch Vorschriften über diese wichtige Vertragsart. Eine solche Berücksichtigung finden wir

2) Schloßmann a. O. S. 19.

3) Beseler a. O. S. 57; Deiter a. O. S. 3.

4) Kuhlenbeck S. 348; Berndt S. 3.

5) Allg. Landrecht I. Teil, Titel 11 §§ 654–661; Österr. Zivilgb. §§ 936, 971, 983; Sächsisches BGB. §§ 1068, 1069, 1174.

aber nicht in unserem Bürgerlichen Gesetzbuch; zwar enthält § 610 BGB. eine spezielle Vorschrift, eine allgemeine Regelung ist jedoch aus dem oben schon erwähnten Grunde nicht erfolgt — ein Unterlassen, dessen schädigende Wirkung sich in den einzelnen Schriften über die Vorverträge sehr bemerkbar macht.

II. Kapitel.

Begriff, Bezeichnung und Arten des Vorvertrages.

§ 3. Begriff des Vorvertrages.

Unter den verschiedenen Definitionen über den Vorvertrag hat besonders die von Thöl[6]) geprägte den größten Anklang gefunden; dies zeigt schon deutlich die große Zahl derer, die dieselbe zum Ausgangspunkt ihrer Ausführungen machten. Nach Thöl und der herrschenden Meinung versteht man unter Vorvertrag „einen Vertrag des Inhaltes, daß ein Vertrag geschlossen werden soll, also einen gegenwärtigen Vertrag, welcher einen künftigen verspricht". Es handelt sich also zunächst um einen Vertrag, d. h. um ein Rechtsgeschäft, das die übereinstimmenden Willenserklärungen mehrerer Personen erfordert, und zwar ist dieses Rechtsgeschäft ein obligatorisches; begründet es doch schuldrechtliche Verpflichtungen: es entsteht nämlich durch den Abschluß dieses Vertrages für die eine Partei ein Anspruch gegen die andere auf die zum Abschluß des späteren Hauptvertrages erforderliche Mitwirkung. Dieses Mitwirken besteht in der Abgabe der zum Zustandekommen des Hauptvertrages erforderlichen Willenserklärung. Er ist ferner — wie schon der Name andeutet — ein Vertrag, der einem anderen vorangeht; ein gegenwärtiger Vertrag, der nicht etwa —

---

6) Thöl a. O. S. 778; Degenkolb S. 17; Adler a. O. S. 222; Böttcher a. O. S. 10.

wozu uns der Name „Vor"vertrag leicht verleiten kann, anzunehmen — eine bloße „Entwicklungsphase des späteren Hauptvertrages" ist, die letzterer durchmachen muß, um seine erforderliche Reife zu erlangen, vielmehr tritt uns derselbe als juristisches Gebilde mit einer dem Hauptvertrag gleichkommenden Bedeutung entgegen. Er ist kein Vertrag „minderer, sondern schlechthin anderer Art als der Hauptvertrag"[7]). Der Inhalt dieses Vertrages ist nach Thöl[8]) das Versprechen des einen vertragschließenden Teiles, einen künftigen Vertragsschluß zu tätigen. Wie aber dieser künftige Vertrag gestaltet sein muß, ob er ein dinglicher, familienrechtlicher, erbrechtlicher oder nur ein obligatorischer ist, darüber läßt uns diese Definition im Dunkeln. Wir werden daher schon aus diesem Grunde diese als eine, das Kriterium des Vorvertrages nicht vollkommen wiedergebende von unserer Seite ablehnen müssen[9]). — Die eben angedeutete Frage, ob es Vorverträge zu allen Verträgen oder nur zu solchen, die den Abschluß obligatorischer zum Gegenstand haben, gibt, wird verschieden beantwortet. Für Schloßmann[10]) ist der Vertragsbegriff das ausschlaggebende Moment, und so kommt er zu dem Ergebnis, daß die Anwendungssphäre des Vorvertrages so weit reicht, als jeder Vertrag selbst, also sich über das gesamte Gebiet des Bürgerlichen Rechts erstreckt. Degenkolb[11]) ist derselben Ansicht, hält aber aus Zweckmäßigkeitsgründen eine Beschränkung auf das Gebiet der obligatorischen Verträge für geboten. — Und dies auch mit Recht: Einmal sprechen für diese Ansicht Gründe „juristischer Begriffsbildung", fehlt es doch an Rechtssätzen, die es uns ermöglichen, die weite Masse der Vorverträge zu einer charakteristischen Einheit

---

7) Göppert a. O. S. 400.

8) Thöl a. O. S. 778.

9) Traut S. 9.

10) a. O. S. 18.

11) Degenkolb a. O. S. 20; Göppert S. 403; RG. 48/135; Kohler I. S. 553; Bechmann S. 270.

zusammenzufassen und somit eine durchgreifende Scheidung derselben von allen anderen Rechtsgeschäften herbeizuführen[12]. Ein, wenn auch nicht gerade ausschlaggebendes Argument, das für die Beschränkung des Geltungsbereiches der Vorverträge spricht, ist die Geltung des römisch-rechtlichen „pactum de contrahendo" nur für das Gebiet des Obligationenrechts. — Was uns aber zwingt, die Vorverträge nur für den beschränkten Bereich des Schuldrechts zuzulassen, sind die dem Sinn des Gesetzes nicht entsprechenden Ergebnisse, zu denen wir bei einer Anwendung der Gegenmeinung auf Vorschriften unseres Bürgerlichen Gesetzbuches gelangen. Wollte man nämlich Vorverträge zu dinglichen Verträgen anerkennen, so müßte auch im Falle des § 433 BGB. ein Vorvertrag erblickt werden; denn durch den Kaufvertrag verpflichtet sich der Verkäufer, dem Käufer das Eigentum an dem gekauften Gegenstand zu verschaffen; Eigentum wird aber nach § 929 BGB. an beweglichen Sachen durch Einigung und Übergabe übertragen; es verpflichtet sich also der Verkäufer zur Mitwirkung bei der Einigung, also zum Abschluß eines dinglichen Vertrages. Es müßten also nach dieser Ansicht sämtliche Kausalgeschäfte als Vorverträge aufgefaßt werden; ein Ergebnis, das auch von anderer Seite nicht gebilligt wird[13]. Eine Begrenzung des Begriffes erscheint daher notwendig, und so werden wir definieren müssen: Vorverträge sind Verträge, in denen ein Teil die Verpflichtung zum späteren Abschluß eines anderen gleichartigen obligatorischen Vertrages übernimmt. Diese Begriffsbestimmung läßt nach m. E. deutlich die nach Degenkolb[14] dem Vorvertrage charakteristischen Merkmale erkennen; nämlich einmal, daß die von den Parteien gewollte Rechtsfolge der später erfolgende Abschluß eines Vertrages ist; daß ferner durch den Vorvertrag eine auf diesen Abschluß gerichtete

12) Göppert S. 403; Endter S. 18.

13) Schloßmann a. O. S. 18; Deiter S. 10.

14) a. O. S. 24.

Verpflichtung zur Mitwirkung entsteht und schließlich — was auch sehr wesentlich ist —, daß der in der Zukunft abzuschließende Vertrag ein obligatorischer ist.

§ 4. Die Bezeichnung der „Vorverträge".

Viel erörtert wurde auch die Frage nach einer das Wesen dieses Instituts richtig wiedergebenden Bezeichnung. Auch dieser Frage müssen wir Beachtung schenken, erwecken doch die zahlreichen für diese Rechtserscheinung geprägten Bezeichnungen oft eine ganz falsche Vorstellung von dem wahren Wesen derselben. Es würde den Rahmen unserer Arbeit überschreiten, wollte man die große Zahl der Benennungen aufzählen, wir können jedoch nicht umhin, wenigstens den gebräuchlichsten gegenüber Stellung zu nehmen. — Die lange Zeit geltende, im Gemeinen Recht geschaffene Bezeichnung „pactum de contrahendo"[15]) kann für das heutige Recht nicht mehr anerkannt werden; denn, wie wir noch später darzulegen haben, handelt es sich bei den Vorverträgen um solche, die nicht nur erfüllbar sind, sondern auch im Wege der Klage durchgesetzt werden können, während die Bezeichnung „pactum" dagegen die Vorstellung eines zwar erfüllbaren, jedoch nicht klagbaren Vertrages erweckt[16]). Den größten Anklang hat die von Thöl[17]) stammende Bezeichnung „Vorvertrag" gefunden, die nicht nur in den Motiven, sondern auch in der Literatur unseres Bürgerlichen Gesetzbuches wiederkehrt[18]). Aber obwohl diese Übersetzung der gemeinrechtlichen Bezeichnung „pactum de contrahendo" der letzteren Bezeichnung vorzuziehen ist, zwingen uns doch wichtige Gründe zu einer Ablehnung auch dieser. Nicht nur, daß mit derselben nur etwas Äußerliches, nämlich die zeitliche Beziehung zu dem später abzuschließenden Hauptvertrag ausgedrückt wird, weist

15) Stintzing a. O. S. 8.

16) Berndt a. O. S. 4.

17) a. O. S. 189.

18) Motive I. 184; Winkelmann a. O. § 2; Böttcher a. O. S. 14.

dieselbe auch in keiner Weise auf seinen typischen Inhalt, auf seine inneren Beziehungen zu dem späteren Vertrage hin. Mit Recht hebt Berndt[19]) daher hervor, daß man nach dieser Bezeichnung auch den Kaufvertrag als Vorvertrag ansehen kann; denn auch dieser geht dem späteren dinglichen Übereignungsvertrag voran; ferner müßte jeder vorhergehender, z. B. auf Ausprobierung abstellender Vertrag als Vorvertrag bezeichnet werden. — Wenn schon eine neue Bezeichnung für eine im Rechtsverkehr auftretende Erscheinung durch Lehre und Praxis geprägt werden soll, dann muß vor allem nach einheitlichen Gesichtspunkten und im Einklang mit der bisherigen Art und Weise der im Gesetz erfolgten Bezeichnung eine solche vorgenommen werden. Bisher pflegte die Benennung bestimmter Rechtserscheinungen nach dem Inhalt derselben zu erfolgen. Von diesem Gesichtspunkt ist man auch bei der Schaffung unseres Bürgerlichen Gesetzbuches ausgegangen und hat diese Methode rein durchgeführt. Um einige Beispiele herauszugreifen: Man kennt in unserem Recht einen Dienst-, Werk- und Mietvertrag; klar wird hier schon durch die Bezeichnung der Inhalt dieser Verträge wiedergegeben: aus dem Dienstvertrag entsteht die Verpflichtung zu Dienstleistungen, aus dem Werkvertrag die zur Herstellung eines Werkes, während der Mietvertrag auf ein Mietverhältnis hindeutet. Es müssen daher alle Versuche, eine den Charakter des „pactum de contrahendo" wiedergebende Bezeichnung zu finden, die von der, bei der Schaffung unseres Gesetzbuches berücksichtigten Methode abweichen, von vornherein abgelehnt werden. Die eben erwähnten Gesichtspunkte sind zwar auch verschiedentlich berücksichtigt worden, diese Versuche aber gescheitert. So bedeutet zwar die von Beseler[20]) vorgeschlagene Bezeichnung „Vertragsberedung" den bisherigen gegenüber einen Fortschritt, kann aber die an eine solche Bezeichnung zu

19) Berndt a. O. S. 12.
20) a. O. S. 34.

stellenden Anforderungen auf Wiedergabe der charakteristischen Merkmale des damit verbundenen Begriffes nicht erfüllen. Einen Fortschritt bedeutet diese insofern, als sie zum Ausdruck bringt, daß der Inhalt des Rechtsgebildes eine Vereinbarung ist, welche die Mitwirkung beim Abschluß eines anderen Vertrages zum Inhalt hat; kann aber unsere Billigung nicht finden, weil nach dem Sprachgebrauch unter „Beredung" nur eine unverbindliche Verabredung zu verstehen ist, unsere Vereinbarung jedoch sich als ein von den Parteien erstrebtes, bindende Verpflichtungen hervorrufendes Rechtsgeschäft darstellt[21]).

Verfehlt ist auch die Bezeichnung „unvollkommener Vertrag"[22]). Diese enthält nämlich, wie schon Degenkolb hervorhebt, einen Widerspruch; denn entweder liegt ein vollständiger Vertrag vor — was bei Verträgen, welche die zu ihrem Zustandekommen erforderlichen Bestandteile enthalten, der Fall ist; oder die Erfordernisse derselben sind nicht gegeben, dann liegt aber überhaupt kein Vertrag, auch nicht „ein unvollkommener" vor[23]). — Bessere Bezeichnungen sind schon „Vorverpflichtung"[24]) und „Verpflichtungsvertrag"[25]), besonders letztere kann den bisherigen gegenüber als brauchbarer bezeichnet werden. Doch, obwohl zugegeben werden muß, daß der Inhalt der zu benennenden Rechtserscheinung als ein selbständiger, klagbarer Vertrag hervortritt und auch zum Ausdruck kommt, daß sein Inhalt eine obligatorische Verpflichtung ist, kann dieser Name nicht unsere Zustimmung finden: Zunächst ist es unverständlich, wie aus der Bezeichnung hervorgehen soll, daß sein Inhalt auf Abschluß eines anderen Vertrages gerichtet ist — wie u. a. Berndt[26]) behauptet. Außerdem gibt uns die Bezeichnung „Verpflichtungsvertrag" eine ganz falsche Vor-

---

21) W. Koch a. O. S. 11.
22) Arndt a. O. § 231.
23) Degenkolb a. O. S. 28.
24) Stintzing a. O. S. 7; Bechmann S. 267.
25) Deiter S. 9.
26) Berndt a. O. S. 12.

stellung von dem Inhalt desselben. Diese besagt zwar, daß auf Grund eines Vertrages eine Verpflichtung entsteht, wozu aber — und das ist doch sehr wesentlich —, kommt gar nicht zum Ausdruck. Auch aus dem Mietvertrage entstehen Verpflichtungen, bestimmt doch § 535 BGB. ausdrücklich, daß der Vermieter durch den Mietvertrag verpflichtet wird, dem Mieter den Gebrauch der vermieteten Sache zu gewähren, während der Mieter verpflichtet ist, den vereinbarten Mietzins zu entrichten. Da nun nach der oben erwähnten Bezeichnung der Inhalt des Vertrages nicht näher gekennzeichnete Verpflichtungen enthalten soll, so könnten auch die Miet-, Werk- und Dienstverträge als „Verpflichtungsverträge" aufgefaßt werden; denn auch ihr Inhalt enthält Verpflichtungen.

Wenn wir uns nach der Betrachtung einiger besonders häufig in der Literatur gebrauchter Bezeichnungen die Frage vorlegen, ob das Suchen nach einem, den Begriff treffend wiedergebenden Namen nicht aussichtslos oder überflüssig ist — eine Behauptung, die u. a. von Böttcher[27]) aufgestellt wurde —, so werden wir diese verneinen müssen. Die von Winkelmann[28]) gegebene Begründung: es habe sich doch mit dem Namen „Vorvertrag" durch dessen jahrzehntelangen Gebrauch die richtige Vorstellung von dem damit bezeichneten Begriff derartig eng verknüpft, daß Mißverständnisse dadurch kaum hervorgerufen werden dürften — gibt uns zwar die Möglichkeit, den sich beim Suchen nach einem charakteristischen Namen offenbarenden Schwierigkeiten aus dem Wege zu gehen, sie kann aber nicht gebilligt werden, zumal auch von Winkelmann zugegeben wird, daß die gegen die Bezeichnung „Vorvertrag" erhobenen Einwände theoretisch berechtigt sind. Aufgabe der Wissenschaft soll es sein, durch das Labyrinth der Irrgänge falscher Meinungen einen geraden, von jedem sofort erkennbaren Weg zu bahnen. Dieses Ziel kann aber

27) a. O. S. 11.

28) a. O. § 2 Ende.

nicht erreicht werden, wenn schon von vornherein durch eine falsche, irreleitende Benennung die Möglichkeit eines Nichtfindens desselben gegeben wird. Wollte man die oben erwähnte Begründung anerkennen, dann dürfte auch die Bezeichnung „internationales Privatrecht" niemals eine Änderung erfahren; denn auch hier hat sich mit dem Namen durch dessen jahrzehntelangen Gebrauch die richtige Vorstellung von dem damit bezeichneten Begriff verknüpft, und doch hat sich die Wissenschaft nicht gescheut, diese falsche, irreführende Bezeichnung durch den klaren, treffenden Namen „örtliches Grenzrecht" zu ersetzen. Ferner erscheint es mir sehr fraglich, ob gerade bei den jüngeren Juristen sich mit dem Namen „Vorvertrag" und „internationales Privatrecht" die richtige Vorstellung von dem damit verbundenen Begriff derartig eng verknüpft hat, daß bei ihnen keine Mißverständnisse hervorgerufen werden.

Nach m. E. könnte als Bezeichnung zunächst der Name „Kontrahierungsvertrag" in Frage kommen, der zwar schon von Breit[29]) vorgeschlagen wurde, aber nur bei solchen Verträgen Anwendung finden sollte, durch welche sowohl die eine Partei zur Offerte als auch die andere zur Annahme derselben verpflichtet wird. Diese Bezeichnung enthält jedoch ein Fremdwort und muß schon aus diesem Grunde abgelehnt werden. Den Ansprüchen, die man an eine solche Bezeichnung stellen muß, wird nach m. E. der Name „Abschließungsvertrag" am meisten gerecht, aus dem ohne weiteres auf den Inhalt, auf Abschließung eines späteren Vertrages, geschlossen werden kann.

Bedenklich ist auch die Bezeichnung „Hauptvertrag" für denjenigen Vertrag, zu dessen Abschluß die Parteien im Abschließungsvertrage sich verpflichtet haben, denn diese könnte leicht zu der Annahme verleiten, daß der Abschließungsvertrag neben dem Hauptvertrage als ein Vertrag geringerer Art angesehen werden muß, der dem-

29) Breit a. O. S. 27.

selben nicht gleichwertig gegenübersteht, was aber — wie schon oben dargelegt — nicht zutrifft. Es ist daher die von Adler[30]) vorgeschlagene Bezeichnung „Erfüllungsvertrag" treffender, zumal sich der Abschluß des späteren Vertrages als Erfüllung des durch den Abschließungsvertrag erzeugten Anspruches darstellt. Wir werden daher in den folgenden Ausführungen die bisherigen Bezeichnungen „Vorvertrag" und „Hauptvertrag" durch „Abschließungs-" bezw. „Erfüllungsvertrag" ersetzen.

§ 5. Die Arten der Abschließungsverträge.

Da wir es bei den Abschließungsverträgen mit Verträgen des Bürgerlichen Rechts zu tun haben, so werden auch die für obligatorische Verträge im Bürgerlichen Gesetzbuch festgelegten allgemeinen Bestimmungen eine entsprechende Anwendung finden. So zunächst die über die Einteilung der Verträge: entsprechend der von der Praxis gebilligten wird es daher einseitige, zweiseitige und gegenseitige Abschließungsverträge geben, und zwar werden wir unter einseitige solche zu verstehen haben, durch die nur ein Teil zum Abschluß des Erfüllungsvertrages mitzuwirken sich verpflichtet, während ein zweiseitiger dann vorliegt, wenn eine derartige Verpflichtung auf beiden Seiten erfolgt ist oder mit anderen Worten, wenn jeder eine Forderung auf Abschluß des Erfüllungsvertrages stellen kann und jeder verpflichtet ist, diese Forderung zu erfüllen[31]). Innerhalb der einseitigen Abschließungsverträge kann eine weitere Einteilung insofern vorgenommen werden, als man zwischen einseitigen Abschließungsverträgen zu einseitigen Erfüllungsverträgen und solchen, die auf dereinstigen Abschluß eines gegenseitigen Erfüllungsvertrages gerichtet sind, unterscheidet[32]). Erwähnt muß ferner werden, daß die Existenz der zweiseitigen Abschließungsverträge, bei welchen sich die Ver-

30) Adler a. O. S. 222.

31) Bechmann II. § 273; Adler § 236 f.

32) Degenkolb S. 80; Berndt S. 40.

pflichtungen der beiden Parteien in ein- und denselben Vertrag einzutreten, gegenüberstehen, von einigen geleugnet wird, da es sich bei einem solchen gegenseitigen Vertrage bereits um einen fertigen Hauptvertrag handele[33]). Ferner kann eine Einteilung in der Weise vorgenommen werden, daß man diejenigen Abschließungsverträge, welche auf den Erwerb positiver Rechte gerichtet sind, von den auf Befreiung hinzielenden trennt[34]).

§ 6. Abgrenzung der Abschließungsverträge von ähnlichen Rechtsgebilden.

Die Ähnlichkeit der Abschließungsverträge mit einer großen Zahl von Erscheinungen unseres Rechts bedingt eine Abgrenzung dieses Instituts von denselben. Eine Ähnlichkeit besteht zunächst mit der Offerte. Sowohl bei dieser als auch bei dem Abschließungsvertrage hängt die Verpflichtung der einen Partei von dem Willen der Gegenpartei ab; es entsteht die Verpflichtung des Offerenten erst mit einer Betätigung des Vertragsgegners — mit der Annahme der Offerte seitens des Empfängers derselben —. Ebenso ist es beim Abschließungsvertrage. Eine Verschiedenheit der beiden Gebilde liegt aber darin, daß wir es bei dem Abschließungsvertrage mit einem zweiseitigen Rechtsgeschäft, bei der Offerte dagegen nur mit einem einseitigen, empfangsbedürftigen zu tun haben. Ferner handelt es sich — wie schon Bechmann[35]) hervorhebt — bei dem Abschließungsvertrage um das Versprechen einer erst künftig abzugebenden Willenserklärung, während in der Abgabe der bindenden Offerte nur ein Versprechen der „Nichtzurücknahme einer Willenserklärung" erblickt werden kann. — Schwierigkeiten bietet auch die Konstruktion des Vor- und Wiederkaufes[36]); die zwischen diesen und dem Abschließungsvertrag bestehende Ähnlich-

---

33) Bechmann a. O. II. § 273; Staudinger a. O. S. 610.

34) Berndt S. 40.

35) Bechmann a. O. § 194; Degenkolb S. 2; Schloßmann S. 9 ff.

36) Enneccerus § 339; Staudinger a. O. 263; Dernburg II. § 198.

keit erklärt die vielfach vertretene Auffassung dieser beiden Verträge als Abschließungsverträge, die durch den Abschluß des Kaufes mit einem Dritten und durch die Erklärung des Vorkaufsberechtigten, er wolle das Vorkaufsrecht ausüben, bedingt sind[37]. Durch diese Erklärung gehe dann der Abschließungsvertrag von selbst in einen Kaufvertrag über. Jedoch muß diese Ansicht mit Rücksicht auf den Wortlaut des § 505 BGB., wonach schon durch die einseitige Erklärung des Berechtigten, daß er sein Vorkaufsrecht ausübe, der Kaufvertrag zustande kommt, als unrichtig bezeichnet werden; setzt sich doch diese Meinung in Widerspruch mit der allgemeinen Vertragslehre unseres geltenden Rechts, nach welcher ein Vertrag nicht schon durch bloße Erklärung ins Leben gerufen wird, vielmehr nach § 151 BGB. zwei Willenserklärungen — Angebot und Annahme — erforderlich sind. Das eben Gesagte muß auch für den Wiederkauf gelten[38]. In beiden Fällen haben wir es nicht mit einem Abschließungsvertrage, sondern mit einem suspensiv-bedingten Kauf zu tun; denn, wie Enneccerus schon richtig ausführt, wird durch das Zugestehen eines Wiederkaufsrechts ein bedingtes Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten geschaffen, durch das der aus dem Rechtsgeschäft Berechtigte bei Eintritt der Bedingung ein Recht auf Rückübertragung geltend machen kann[39]. Es entsteht nicht etwa eine Verpflichtung zum Abschluß eines Rückkaufvertrages mit dem Berechtigten für den, gegen den sich das Wiederkaufsrecht richtet.

Notwendig ist auch eine Abgrenzung des Abschließungsvertrages von dem bedingten Vertrage. Das für die Unterscheidung maßgebende Kriterium ist folgendes: beim Abschließungsvertrage liegt der eigentliche Erfüllungsvertrag noch nicht vor, vielmehr ist hier ein weiterer

---

37) Dernburg a. O. § 198.

38) So auch Leuner S. 20.

39) Enneccerus a. O. § 339; Staudinger a. O. S. 263; Fischer-Henle § 497/4; RG. 69/281.

Vertragsschluß nötig. — Anders beim bedingten Vertrage: hier besteht schon ein Erfüllungsvertrag im Sinne der Abschließungsvertragslehre —, nur der Beginn und das Ende der Wirkungen desselben sind von einem künftigen Ereignis abhängig; es bedarf hier also nicht eines neuen Vertragsschlusses, da die Wirkungen des bedingten Vertrages nach § 158/1 BGB. sich als Folgen des Eintritts der Bedingung darstellen [40]).

Zum Schluß muß noch eine Abgrenzung der Abschließungsverträge von den Vorverhandlungen erfolgen: Wie die Vorverhandlungen so dienen auch die Abschließungsverträge zur Vorbereitung des später abzuschließenden Vertrages, so daß sie logisch auch zu den Vorverhandlungen im weiteren Sinne gerechnet werden können. Was nun das, diese beiden Erscheinungen trennende Moment ist, darüber gehen die Meinungen auseinander; so glaubt u. a. Cosack [41]) das Verhältnis des Abschließungsvertrages zu den Vorverhandlungen folgendermaßen darstellen zu können: Man müsse unterscheiden zwischen Punktationen, denen überhaupt eine Verbindlichkeit fehlt, und solchen, die mit einer derartigen Verbindlichkeit ausgestattet sind, daß, wenn eine Einigung der Parteien über die offengelassenen Punkte nicht erfolgt, diese sofort als fertige Verträge hervortreten. Punktationen der ersteren Art seien schwächer, der letzteren dagegen stärker als der Abschließungsvertrag. Mit Recht wendet aber schon Berndt [42]) gegen diese Einteilung ein, daß — wenn eine Punktation als fertiger Vertrag hervortritt — sie in demselben Augenblick aus dem Kreise der Punktationen ausscheiden müßte, da sie ja dann bereits den Vertrag darstelle. Richtiger ist es daher, als entscheidendes Kriterium die „Verbindlichkeit" heranzuziehen und so werden wir von den Vorverhandlungen

---

40) Bechmann II. S. 271; Göppert S. 406; Degenkolb S. 14; Böttcher S. 15.

41) Cosack a. O. S. 340; Deiter S. 48.

42) Berndt a. O. S. 13; Degenkolb auch dagegen.

diejenigen auszusondern haben, die eine rechtliche Bindung der beteiligten Personen erzeugen, während eine solche Bindung den Vorverhandlungen fremd ist[43]. Bedenken könnten nun noch in einem Fall entstehen, wo Aufzeichnungen der Parteien nach dem Willen derselben sich als eine Einigung über alle wesentlichen Punkte darstellen und somit bereits verpflichtende Kraft denselben innewohnt. Handelt es sich in diesem Fall um eine Punktation oder um einen Abschließungsvertrag? — Wir werden die Frage nur dahin beantworten können, daß hier bereits ein fertiger „Hauptvertrag" vorliegt[44]. Erwähnt werden muß zum Schluß, daß auch eine strenge Trennung der Abschließungsverträge von dem sogenannten Wahlschuldverhältnis, das auch einen abgeschlossenen Vertrag darstellt; bei dem jedoch dem Schuldner das Recht eingeräumt ist, nach seinem Belieben die eine oder andere Leistung zu bewirken, und ferner vom Kauf mit Spezifikationsrecht, bei dem der einen Partei das Bestimmungsrecht über den näheren Inhalt des Vertrages eingeräumt wird — erfolgen muß.

§ 7. Die Existenzberechtigung der Abschließungsverträge.

Nicht nur über einzelne Probleme der Abschließungsvertragslehre herrscht ein heftiger Meinungsstreit, man hat vielmehr auch versucht, das Bestehen dieses Vertrages überhaupt zu leugnen; sei es, daß man die logische Möglichkeit verneinte; sei es, daß man behauptete, es bestehe in unserem Rechtsleben für den Abschließungsvertrag kein Interesse, und diesen zu einer Figur stempelte, die nur dem Namen nach existiert, jedoch keinem Zwecke zu dienen bestimmt ist[45].

43) H. M. Thöl S. 777; Degenkolb S. 27; Göppert S. 401 f; Winkelmann § 2; Berndt S. 15.

44) Regelsberger S. 136; Brinz S. 323; Berndt S. 13; a. M. Cosack S. 341.

45) Schloßmann a. O. S. 1; dagegen auch Staudinger Bd. I. 1925 S. 609.

Von der Erwägung ausgehend, daß in einem Abschließungsvertrag entweder wesentlichen Bestimmungen über den Inhalt des später abzuschließenden Erfüllungsvertrages vorhanden sind, oder dies nicht der Fall ist, kommen einige[46]) dazu, im ersten Falle einen fertigen Vertrag anzunehmen und damit zu dem Ergebnis, daß bei den Abschließungs- und Erfüllungsverträgen überhaupt nicht von zwei selbständigen, juristisch sich gleichberechtigt und gleichwertig gegenüberstehenden Verträgen gesprochen werden kann, sondern daß beide nur Teile einer einheitlichen Verbindlichkeit, eines Vertrages sind, dessen Inhalt jedoch nur relativ bestimmt ist, da „nur eine Spezialisierung der in dem Vertrage bedungenen Leistung durch den einen oder anderen Vertragschließenden gefordert wird"[47]). — Diese, die selbständige Existenz der Abschließungsverträge leugnende und damit die Identität des Erfüllungsvertrages mit dem Abschließungsvertrage behauptende Ansicht kann jedoch nicht unsere Zustimmung finden. Einmal aus folgendem Grunde: unser Recht wird von dem Grundsatz der Vertragsfreiheit beherrscht; dem einzelnen Kontrahenten steht es frei, Inhalt und Form seiner Rechtsgeschäfte zu bestimmen[48]). Die verschiedene Gestaltung derselben erfolgt jedoch in den meisten Fällen nicht ohne Berücksichtigung bestimmter, von den Parteien verfolgter Zwecke. Wenn daher von Seiten der Parteien die Figur des Abschließungsvertrages gewählt wird, so muß auch hier nach den für die Wahl dieser Rechtserscheinung maßgebenden Gründen geforscht werden; als solche finden wir in den meisten Fällen folgende: Nicht immer wird es den Parteien möglich sein, den Abschluß eines Erfüllungsvertrages schon jetzt zu betätigen. Da jedoch das Verschieben des Abschlusses auf einen späteren Zeitpunkt mitunter mit Gefahren ver-

---

46) Bechmann a. O. II. 1 S. 283; Koch a. O. S. 230 ff.; Stintzing S. 63.

47) Staudinger a. O. S. 609.

48) RG. 66/120; Schey S. 174; Degenkolb S. 55 ff.

knüpft ist, so wird der Kontrahent vielfach eine Sicherung des späteren Abschlusses und damit der Befriedigung seiner Bedürfnisse für die Zukunft anstreben. Das Fehlen einer rechtlichen Bindung beim Abschließungsvertrag zum Abschluß des späteren Erfüllungsvertrages auf Seiten des Gläubigers ist für die Wahl dieser Figur meist mitbestimmend[49]). Wenn nun nach der oben erwähnten Meinung der Abschließungsvertrag mit dem Erfüllungsvertrag identisch sein soll, dann muß im Augenblick des Abschlusses des ersten Vertrages auch gleichzeitig der Erfüllungsvertrag zustande kommen und damit die Rechte und Pflichten desselben entstehen; selbst wenn von den Parteien der sofortige Abschluß des Erfüllungsvertrages nicht gewollt ist — was ja meistens der Fall ist —. Diese Ansicht verneint das Bestehen des den Parteien durch die Vertragsfreiheit gegebenen Rechts auf eine dem freien Willen der Parteien entsprechende Gestaltung des von ihnen abzuschließenden Vertrages und führt ferner zu einer unbedingten Mißachtung des Parteiwillens. — Außerdem müßte — wenn nach der oben erwähnten Ansicht Abschließungsvertrag und Erfüllungsvertrag zusammenfallen sollten — auch eine Übereinstimmung bezüglich des Inhaltes derselben bestehen, was jedoch keineswegs der Fall ist[50]): während nämlich beim Abschließungsvertrag der Inhalt desselben in der Verpflichtung zum späteren Abschluß eines anderen Vertrages besteht, tritt uns als Inhalt des Erfüllungsvertrages oft eine reale Leistung, z. B. beim Leihvertrag die Hingabe der Sache, entgegen. Die Verschiedenheit im Inhalte bedingt jedoch nicht — wie Fourman[51]) behauptet — eine Änderung der rechtlichen Stellung der Parteien, denn der im Abschließungsvertrag als Gläubiger Auftretende kann, aber muß nicht beim Erfüllungsvertrag als Schuldner uns entgegentreten. Auch die von anderer Seite ge-

49) Degenkolb S. 71; Böttcher S. 20.
50) Degenkolb S. 54; Schey S. 37; Rath S. 15; Berndt S. 19.
51) a. a. O. S. 20.

machten Versuche, den Abschließungsverträgen die praktische Notwendigkeit abzusprechen, mußten ebenfalls scheitern. So hat z. B. Schloßmann[52]) behauptet, es fehle im praktischen Leben jedes Bedürfnis an dem Abschluß eines Abschließungsvertrages. Zugeben muß man, daß es in unserem Recht Erscheinungen gibt, die es ebenfalls den Parteien ermöglichen, das durch den Abschließungsvertrag erstrebte Ziel, oft sogar auf einem viel kürzeren Wege zu erreichen. Was aber die Parteien bestimmt, einen Umweg zu wählen, sind meistens die zahlreichen, jedoch zur Erreichung des Erfolges erforderlichen Bedingungen, mit denen ein bloßer „Hauptvertrag" ausgestattet werden muß und deren genaue und wirksame Formulierung juristisch Ungeschulten Schwierigkeiten bereitet[53]). Der oben erfolgte Hinweis auf den unser Rechtssystem beherrschenden Gedanken der Vertragsfreiheit und die dadurch bedingte Achtung des Parteiwillens, solange er einen gesetzwidrigen und unsittlichen Zweck nicht erstrebt, zwingen uns zu einer Anerkennung derartiger Verträge — auch im Falle einer, durch Abschluß eines solchen Vertrages herbeigeführten Erschwerung und eines dadurch hervorgerufenen Nachteils, wenn überhaupt von einem solchen gesprochen werden kann; denn oft werden diese Nachteile durch die, infolge des Abschließungsvertrags erziellen Wirkungen übertroffen. Erwähnt soll hierzu nur werden, daß in dem Falle, wo der Umfang der später erfolgenden Leistung von den Bedürfnissen abhängig gemacht wird, eine vorteilhafte Wirkung durch den Abschließungsvertrag nicht selten erzielt wird, die nicht durch den sofortigen Erfüllungsvertrag erreicht werden kann. Was aber hauptsächlich für den Rechtsverkehr bestimmend war, das vom Gesetzgeber so sehr vernachlässigte Institut der Abschließungsverträge gleichberechtigt den anderen Erscheinungen ähn-

52) a. O. S. 6; Kohler Lehrb. S. 234.

53) So auch Adler S. 235 ff.; Bechmann S. 281; Degenkolb S. 72; Rath S. 17; Böttcher S. 22. — a. M. Kohler Lehrb. S. 234.

licher Art gegenüberzustellen, war die durch denselben geschaffene Möglichkeit einer Sicherung der Befriedigung in der Zukunft auftretender Bedürfnisse in einer, wenn auch etwas umständlichen, jedoch immerhin klaren Weise. Diese Momente u. a. haben besonders dazu beigetragen, unserem Vertrage sowohl in Lehre und Praxis die demselben zukommende Anerkennung zu verschaffen.

Fassen wir zusammen, so können wir als Ergebnis unserer Untersuchung feststellen, daß der Abschließungsvertrag sich als ein selbständiger, dem Erfüllungsvertrag gegenüber gleichwertiger Vertrag darstellt, der nicht etwa eine „zwecklose Figur" innerhalb unseres Rechtes ist, sondern auch von großer praktischer Bedeutung sein kann[54]).

III. Kapitel.

Gültigkeitserfoerrdnisse der Abschließungsverträge.

§ 8. Erfordernis des Inhalts.

Da unser Gesetz die Bedeutung der Abschließungsverträge nicht genügend würdigte, hat es auch keine Bestimmungen über die Gültigkeitserfordernisse derselben erlassen. Die Frage nach der Anwendbarkeit der in unserem Gesetzbuch gegebenen allgemeinen Vorschriften über die Erfordernisse der Verträge auf unser Rechtsinstitut muß daher im Rahmen unserer Arbeit neben der Erörterung des Begriffes des Abschließungsvertrages eine ihrer Bedeutung entsprechende Berücksichtigung finden. Wir werden daher zunächst die erforderliche Beschaffenheit des Inhaltes dieser Verträge behandeln und dann den Formerfordernissen unsere Beachtung finden lassen.

---

54) Zustimmend noch: Planck K. II. 2 S. 912; Oertmann § 598/2; RG. 78/387; 81/33; Ennecc. I. 1 S. 410; RG. 72/392; Thöl a. O. S. 246; Regelsberger S. 132.

Bezüglich des Inhaltes gibt es zwei Möglichkeiten der Gestaltung; entweder muß derselbe mit dem des später abzuschließenden Erfüllungsvertrages übereinstimmen, also genau bestimmt sein, oder es genügt eine Umgrenzung desselben, eine bloße Bestimmbarkeit. Man wird hier in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung [55]) den Satz aufstellen können, daß — entsprechend der materiellen Voraussetzung aller Verträge — eine völlige Bestimmtheit nicht verlangt werden kann, sondern auch ein, richterliche Urteile über den Abschluß der Erfüllungsverträge ermöglichender Grad der Bestimmtheit, der bei der Vielgestaltenheit der einzelnen Verträge, je nach der Vertragsart ein größerer oder geringerer sein kann [56]), als genügend angesehen werden muß, so daß auch außerhalb des Vertrages liegende Umstände bei der Feststellung des Inhaltes ihre Berücksichtigung finden werden. Das Fehlen einer ausdrücklichen Bestimmung über wesentliche Punkte des Abschließungsvertrages zieht, wenn diese sich nicht aus den Umständen entnehmen lassen, die Ungültigkeit des Vertrages wegen mangelnder Bestimmtheit nach sich; vorausgesetzt, daß der Vertrag auch ohne Bestimmung über diese später strittig gewordenen Punkte nicht geschlossen worden wäre [57]).

Ehe wir uns den einzelnen, in den Abschließungsverträgen häufig enthaltenen Bestandteilen zuwenden, müssen die Erfordernisse des Gesamtinhaltes derselben kurz dargelegt werden. Entsprechend den allgemeinen Bestimmungen über Verträge im heute geltenden Recht werden wir solchen Abschließungsverträgen die Gültigkeit absprechen müssen, die auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet sind; ferner den mit dem Mangel der Sittenwidrigkeit behafteten Verträgen, z. B. Abschließungs-

---

55) Cosack-Mitteis a. O. S. 344; Winkelmann a. O. § 5; RG. 66/120; RG. 106 S. 176; Ennecc. I. 1 S. 410; Staudinger I. 1925 S. 610.

56) Regelsberger a. O. S. 129; ferner Fischbach a. O. S. 178; Staub a. O. § 350/50.

57) Staub a. O. § 350/50.

verträge zu Bierlieferungsverträgen auf unbegrenzte Zeit oder die mit zu hohen Vertragsstrafen versehen sind (J. Rd. Sch. 1926 Nr. 1921; J. W. 1927/119), ferner als durchaus nicht seltene Fälle Abschließungsverträge zu Miet- bezw. Kaufverträgen über Bordellgrundstücke. Denkbar sind auch Verträge unserer Art, deren Abschluß einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot enthält; die dadurch Gültigkeit nicht erlangen. Der Prüfung der Beschaffenheit der einzelnen Bestandteile der Abschließungsverträge wird daher stets die Frage nach der Gültigkeit des Vertrages selbst vorausgehen müssen, die dann zu bejahen ist, wenn auch ein schutzwürdiger Inhalt desselben vorhanden ist. Über die Erfordernisse der einzelnen Bestandteile des Inhaltes, wie z. B. Art, Preis, Umfang, Zeit und Ort der Leistung, kann kein Grundsatz aufgestellt werden, vielmehr müssen diese einzeln einer Prüfung unterworfen werden[58]). Bezüglich des Ortes findet die Vorschrift des § 269 BGB. Anwendung, wonach bei Fehlen einer entsprechenden Bestimmung die Leistung — in unserem Falle das Mitwirken beim Abschluß des Erfüllungsvertrages — an dem Orte zu erfolgen hat, wo der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen allgemeinen Wohnsitz hat; vorausgesetzt, daß sich ein anderer Leistungsort auch aus den Umständen nicht entnehmen läßt. Ferner ist zu bemerken, daß eine entsprechende Anwendung des § 270 BGB. nicht in Betracht kommt, da die Leistung des Abschließungsvertrages — wie oben erwähnt — niemals in Geld, sondern stets nur in der Mitwirkung beim Abschluß besteht. Für die Leistungszeit kann wegen Fehlens besonderer Vorschriften nur § 271 BGB. in Betracht kommen. Danach könnte aber der Gläubiger, wenn die Zeit weder ausdrücklich bestimmt, noch aus den Umständen zu entnehmen ist, die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken. Die Anwendung des § 271 würde also zu einem Ergebnis führen, dessen Herbeiführung

58) Regelsberger H. II. 418 u. a. O. S. 129; Deiter S. 42.

die Parteien bei Abschluß des Vertrages gerade vermeiden wollten. Weil es ihnen meistens nicht möglich ist, den Abschluß eines sofortigen Erfüllungsvertrages zu betätigen, der Gläubiger aber trotzdem die Sicherung des späteren Abschlusses und damit eine Sicherung der Befriedigung seiner Bedürfnisse für die Zukunft anstrebt, wird gerade dieser Vertragstypus gewählt, der den Abschluß eines künftigen, diesen Zweck verfolgenden Vertrages ermöglicht. Die von dem Gegner verlangte Leistung — die Mitwirkung — muß daher eine künftige sein. Der Abschluß eines Abschließungsvertrages würde ferner, wenn die Parteien die sofortige Bewirkung der Leistung mit demselben bezweckten, durchaus überflüssig sein und in diesem Falle der Abschließungsvertrag mit Recht als „zwecklose Figur" bezeichnet werden können, da dieser Zweck von den Parteien durch den Abschluß eines Erfüllungsvertrages auf eine viel einfachere Weise erreicht werden konnte. Wir werden daher als charakteristisches Merkmal der Abschließungsverträge verlangen müssen, daß zwischen Abschließungsvertrag und dem Abschluß des durch denselben vereinbarten Erfüllungsvertrages eine gewisse Zeit verstrichen sein muß[59]). Doch darf diese Frist nicht so weit ausgedehnt werden, daß dadurch für eine Partei Nachteile entstehen. Die Heranziehung des § 138 BGB. für Fälle, wo die zwischen Abschließungsvertrag und Erfüllungsvertrag liegende Frist sich als unbillige Härte darstellt und die dadurch sich ergebende Nichtigkeitserklärung der Vereinbarung überhaupt — wie sie von Seiten des Reichsgerichts (Bd. 81/138) erfolgt ist — kann m. E. nicht gebilligt werden, da die Nichtigkeit den erstrebten Erfolg — die Sicherung der Befriedigung späterer Bedürfnisse — vereitelt und dadurch auf Seiten der anderen Vertragspartei Nachteile entstehen können, welche sogar mitunter die dem Verpflichteten erwachsenden übertreffen. Berechtigt erscheint mir jedoch

59) So Winkelmann a. O. § 5; Bechmann a. O. S. 274; Degenkolb S. 180; Eisele S. 24 und Oertmann a. O. ad § 271/3.

der Hinweis auf die Bestimmung des § 315 BGB. — Da diese Vorschrift — wie Oertmann[60]) schon hervorhebt — „notwendig auf alle Modalitäten der Leistung anzuwenden ist", wird auch eine analoge Anwendung derselben auf die Leistungszeit berechtigt sein; somit also bei Fehlen einer ausdrücklichen Bestimmung der Leistungszeit oder von Umständen, die zur Bestimmung derselben herangezogen werden könnten, diese nach „billigem Ermessen" erfolgen. Die Frage, ob durch das Fehlen eines genauen Preises die Bestimmtheit des Inhaltes des Abschließungsvertrages und dadurch die Gültigkeit des Vertrages beeinflußt wird, muß ebenfalls grundsätzlich verneint werden. Auch hier wird eine bloße Bestimmbarkeit ausreichend sein. Die Gerichte haben sich gerade mit dieser Frage verschiedentlich beschäftigt, doch nicht alle Urteile können gebilligt werden. So ist z. B. die Entscheidung des OLG.[61]) unzutreffend, wonach bei einem Dienst- bezw. Werkvertrag die Bestimmung der Höhe der Vergütung zur Gültigkeit desselben unerläßlich ist. Nach m. E. geben uns die §§ 612/2, 632/2 die Möglichkeit einer Bestimmung der Vergütung; denn nach dieser Vorschrift ist im Falle einer Nichtbestimmung der Vergütung bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen. Meist wird eine Taxe oder — nach der heute im modernen Arbeitsrecht üblichen Bezeichnung — ein Tarif bestehen, da durch die neue Gesetzgebung die Regelung der Arbeitslöhne für fast alle Tätigkeiten verlangt und durchgeführt ist. Keine Schwierigkeiten dürften auch bei der Bestimmung des Preises eines Kaufgegenstandes entstehen. — Hier wird der Preis meistens mit dem Markt- oder Börsenpreis übereinstimmen oder wenigstens durch diesen näher bestimmt werden können. Ferner wird man eine genügende Bestimmtheit des Preises schon dann als vorliegend be-

60) Oertmann a. O. § 315/2.
61) Rechtspr. OLG. 2/179 ff.

trachten, wenn dieser nach dem Mindestgebote der Konkurrenz festgestellt werden soll[62]. Dagegen wird einem Darlehnsabschließungsvertrag die Gültigkeit wegen Mangels der Bestimmtheit abgesprochen werden müssen, in dem die Höhe der Darlehenssumme nicht festgelegt worden ist[63]. — Nur Bestimmbarkeit und nicht Bestimmtheit wird auch bezüglich des Umfanges der zu machenden Leistung verlangt werden müssen. — Da durch den Abschluß des Abschließungsvertrages die Sicherung seiner Bedürfnisse von dem Bezugsberechtigten angestrebt wird, so wird eine genügende Bestimmtheit des Umfangs der Leistung schon dadurch erreicht werden, daß man den durchschnittlichen Verbrauch des Betriebes als Maßstab heranzieht und danach den Umfang der Leistung bestimmt[64]. Häufig wird auch die Frage nach dem Erfordernis des Inhaltes im Gesellschaftsrecht akut werden; denn hier werden wir oft Verträge, die auf Abschluß eines späteren Gesellschaftsvertrages gerichtet sind, vorfinden, bei denen an die Art der zu gründenden Gesellschaft noch nicht gedacht oder die Bestimmung derselben späterer Übereinkunft vorbehalten wurde. In diesem Falle wird man, wenn auch aus den Umständen nicht auf die Art — z. B. ob Aktiengesellschaft oder G. m. b. H. — der künftigen Gesellschaft geschlossen werden kann, ohne Bedenken das Zustandekommen eines gültigen Abschließungsvertrages wegen Unbestimmtheit des Inhaltes verneinen müssen, während die Möglichkeit einer Festsetzung schon genügt, um dem Vertrage bindende Kraft zu verleihen[65].

Auf die Frage nach dem erforderlichen Inhalte eines Tarifvertrages, der nach der sogenannten im Arbeitsrecht vertretenen „Vorvertragstheorie" als Vorvertrag des modernen Arbeitsrechts aufgefaßt wird, braucht nicht eingegangen zu werden; denn bei dieser Erscheinungsform

---

62) Staudinger a. O. I. 1925, § 610; RG. 66/116; OLG. 17/372.

63) Göppert a. O. S. 417.

64) Staub a. O.

65) Planck a. O. II. 2 § 1275; RG. 66/120; RG. 95/147; RG. 106/174.

des modernen Rechts handelt es sich höchstens um einen Vorvertrag im „zeitlichen" Sinne, also um einen Vertrag, der den später möglichen Einzelarbeitsverträgen vorangeht, niemals jedoch um einen „Vorvertrag" im bürgerlich-rechtlichen Sinne, eine Ansicht, die insofern schon nicht haltbar ist, als die diesen Vertrag abschließenden Parteien — Arbeitgeber bezw. Arbeitgeberverbände auf der einen, Arbeitnehmerverbände auf der anderen Seite — nicht mit denen der späteren Einzelarbeitsverträge identisch sind. — Ferner sind diese Rechtsgebilde keine schuldrechtlichen Verträge, aus denen subjektive Rechte und Pflichten entspringen, sondern sind Rechtsnormen des Privatrechts, objektives Recht[66]), aus denen die Normen für mögliche, aber nicht mit der Klage durchzusetzende Vertragsabschlüsse entnommen werden können. — Anders liegen jedoch — wie bereits dargelegt wurde — die Verhältnisse beim Abschließungsvertrag: hier finden wir die im Abschließungsvertrage auftretenden Parteien auch bei dem späteren Erfüllungsvertrage wieder und der dem Abschließungsvertrage entspringende Anspruch kann auch im Wege der Klage geltend gemacht werden.

§ 9. Die Form des Abschließungsvertrages.

Die Untersuchung der zur Gültigkeit des Abschließungsvertrages erforderlichen Beschaffenheit des Inhaltes desselben führt mit Notwendigkeit zu der Frage nach den Formerfordernissen dieses Gebildes. Da das heute geltende Recht von dem Grundsatz der Formfreiheit beherrscht wird, so findet das im Folgenden Ausgeführte nur auf jene obligatorischen Verträge Anwendung, bei denen aus wichtigen Gründen eine Durchbrechung obiger Grundsatzes geboten war und bei denen die Nichtbeachtung der durch Gesetz vorgeschriebenen oder durch Rechtsgeschäft festgelegten Form Nichtigkeit des Vertrages nach sich

66) Kaskel, Neues Arbeitsrecht 1920 S. 16/1; Hedemann J. W. Jhrg. 50/309; Oertmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht S. 72/73.

zieht. Aus dem Problemenkreis muß vorweg die Frage nach den Formerfordernissen des Abschließungsvertrages als solchen ausgeschieden werden: es versteht sich von selbst, daß der Abschließungsvertrag der für ihn selbst gesetzlich vorgeschriebenen oder durch Rechtsgeschäft festgelegten Form bedarf. Schwierigkeiten entstehen erst bei der Untersuchung der Frage, welchen Einfluß die für den Hauptvertrag vorgeschriebene Form auf den Abschließungsvertrag und ferner die bei dem letzteren beachtete Form auf den formellen Erfüllungsvertrag, welcher die für ihn erforderliche Form jedoch nicht besitzt, ausübt. Die weitgehendste Meinung[66a]) über diese Frage der Beeinflussung der Abschließungsverträge durch die Formvorschriften der Erfüllungsverträge dürfte die von Windscheid[67]) u. a. vertreten sein, „wonach alle wesentlichen Erfordernisse der Gültigkeit des Erfüllungsvertrages auch als Bedingung der Gültigkeit des Abschließungsvertrages zu gelten haben", eine Ansicht, die sich mit dem Wesen des Abschließungsvertrages als eines selbständigen Vertrages nicht vereinbaren läßt. Zwischen beiden Verträgen besteht keine Beziehung — wenigstens nicht in dem von Windscheid verlangten Umfang. — Ferner würde diese Meinung dahin führen, daß auch eine Übereinstimmung der Vertragsinhalte dieser Verträge[68]) besteht, was jedoch nicht möglich ist, denn — wie wir schon oben erwähnt haben — geht der Inhalt des Abschließungsvertrages „auf Abschluß des späteren Vertrages", während der Inhalt des Erfüllungsvertrages in einer realen Leistung besteht. — Als Gegenpol zu dieser weitgehenden Ansicht kann man die von Adler vertretene ansehen, der von dem aufgestellten Satze, daß „geradezu eine klassische Unabhängigkeit der Gültigkeits- sowie der übrigen Erfordernisse von Vor- und Hauptvertrag bestehe"[69]), aus-

---

66a) Rehbein a. O. S. 207; RG. 67/44.

67) Windscheid II. 1 § 17.

68) Degenkolb a. O. S. 36.

69) Adler a. O. S. 223 ff.

gehend, zu der Annahme einer allgemeinen Formfreiheit der Abschließungsverträge bei formbedürftigen Erfüllungsverträgen gelangt. Die Nutzanwendung dieses Ergebnisses führt aber zu einer Ermöglichung der Umgehung der für die Erfüllungsverträge gegebenen Formerfordernisse und zwingt uns schon aus diesem Grunde zu einer Ablehnung dieser Meinung. Nach m. E. kann man bei der Beantwortung der oben gestellten Frage nur von folgender Erwägung ausgehen: Die vom Gesetzgeber geschaffenen Formerfordernisse sind verschieden gestaltet, einmal wird gerichtliche oder notarielle Beglaubigung oder Beurkundung verlangt, während für andere Rechtsgeschäfte bloße Schriftlichkeit genügend ist, je nachdem wir es mit einem wichtigen und schwierigen oder mit einem weniger bedeutenden Fall zu tun haben. Durch diese Verschiedenartigkeit in der Gestaltung der Formerfordernisse bei den einzelnen Rechtsgeschäften wird aber auch die Verschiedenheit der Formerfordernisse der Abschließungsverträge bedingt; denn die Gründe, welche den Gesetzgeber zu einer Durchbrechung des Grundsatzes der Formfreiheit bei den Erfüllungsverträgen veranlaßt haben, werden auch bei der Frage nach den Erfordernissen der Abschließungsverträge von ausschlaggebender Bedeutung sein. Von dieser Erwägung ist man auch verschiedentlich ausgegangen: So glaubt Degenkolb[70]) die Anwendbarkeit der Formvorschriften der Erfüllungsverträge auf Abschließungsverträge immer dann bejahen zu müssen, wenn diese Vorschriften zur Sicherung eines von der Rechtsgemeinschaft erstrebten Erfolges bestimmt sind, während eine andere sehr verbreitete Meinung[71]) die Abstellung in der Weise vornimmt, daß sie eine scharfe Trennung zwischen Formvorschriften, die im Interesse einer sicheren Feststellung des Willens — die somit nur die Schaffung von

70) a. O. S. 37 ff.

71) Gerber a. O. S. 372 ff.; Deiter a. O. S. 53; Berndt S. 47 f.; Degenkolb S. 37; RG. 50/260; 72/293; Regelsberger a. O. S. 136; Göppert S. 415.

Beweismitteln bezwecken — und solchen, die die Perfektion von Verträgen im Interesse der Parteien erschweren und dadurch unüberlegte Abschlüsse wichtiger Verträge hindern sollen — also ein, den Vertrag erst ins Leben rufendes Element darstellen — durchführt. Eine Ausdehnung der, für den Erfüllungsvertrag vorgeschriebenen Formerfordernisse auf den Abschließungsvertrag ist nur im letztgenannten Falle geboten, da sonst bei gegenteiliger Meinung aus einem formlosen Abschließungsvertrage zu einem Erfüllungsvertrage, für den aus wichtigen Gründen vielleicht eine Form verlangt wird, auf Mitwirkung beim Abschluß geklagt und somit der vom Gesetzgeber durch die Schaffung dieser Formvorschriften erstrebte Zweck vereitelt werden kann. Anderseits wird man die Zulassung formloser Abschließungsverträge zu formellen Erfüllungsverträgen bei solchen Verträgen gestatten können, bei denen die Formvorschriften nur auf Hervorbringen eines Beweismittels gerichtet sind. Der von Seiten Adlers[72]) gegen diese Unterscheidung geltend gemachte Einwand, diese lasse den Richter im Stich, wenn die Ermittlung der maßgebenden ratio der Formvorschriften Schwierigkeiten begegnet, zumal wenn beiderlei Gründe für den Gesetzgeber entscheidend waren, erweist sich bei näherer Betrachtung als unhaltbar.

Wenn der Gesetzgeber für ein Rechtsgebilde eine Formvorschrift erlassen hat, um dadurch einmal ein vertragsbegründendes Element, gleichzeitig aber auch durch dieses Erfordernis ein Beweismittel zu schaffen, das Fehlen einer aus dem ersteren Grunde erlassenen Formvorschrift jedoch nur allein die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts herbeiführt, und der Richter bei einer bestehenden Scheidung der Rechtsgeschäfte in solche, bei denen die Formvorschrift die Schaffung eines bloßen Beweismittels bezweckt und in solche, bei denen dieselbe Vertragselement bildet, somit zur Entstehung des Vertrages erforderlich ist — die Einordnung des oben er-

72) Adler a. O. S. 233.

wähnten Rechtsgebildes in eine dieser eben genannten Gruppen vorzunehmen hat, so kann derselbe sich nur für die letztgenannte Gruppe entscheiden. Wollte man nämlich eine Einordnung in die Gruppe der Rechtsgeschäfte, bei denen die Formvorschrift zum Hervorbringen eines Beweismittels erlassen ist, vornehmen, so würde beim Fehlen einer Form der Abschließungsvertrag trotzdem gültig sein; aus einem solchen formlosen Abschließungsvertrage kann auf Abschluß des formellen Erfüllungsvertrages geklagt und dadurch eine Umgehung erreicht werden[73]). Wir würden also zu dem seltsamen Ergebnis gelangen, daß ein Rechtsgeschäft, bei dem eine Form zur Vertragsbegründung und damit zur Gültigkeit nötig ist, bei Fehlen derselben nichtig ist; während ein solches, bei welchem der Gesetzgeber die Formvorschrift außer als vertragsbegründendes Element auch als Beweismittel erforderlich hielt, durch die fehlende Form nicht in seiner Gültigkeit betroffen wird.

Der von uns vertretenen Ansicht, wonach der Abstellung auf den Zweck entscheidende Bedeutung beizumessen ist, wird ferner von Tobias[74]) entgegengehalten, daß diese Unterscheidung schon deshalb als unbefriedigend bezeichnet werden muß, weil sie in jedem Falle zu einer Heranziehung der „unzuverlässigen" Motive und gesetzgeberischen Erwägungen zwingt. Nach seiner Ansicht sind die Motive ein „unzulängliches Hilfsmittel" und ihre Bedeutung daher im Verkehr immer mehr herabzusetzen. Ausgangspunkt muß die Erforschung der ratio legis aus dem Gesetz durch Interpretation sein. — Dieser Ansicht kann nur insoweit zugestimmt werden, als sie sich gegen die in Leben und Praxis mitunter noch anzutreffende Überschätzung der Bedeutung der Materialien richtet, daß aber diese Materialien vielfach noch sehr wertvoll sein

73) Die Möglichkeit einer Umgehung ganz allgemein bejaht auch: Rehbein S. 159; Staub § 350/5; Oertmann 1920 Allg. T. S. 441; Staudinger I. 1925 S. 610.

74) a. O. S. 28.

können — zumal, wenn sie einen Teil der Geschichte bilden — darf nicht geleugnet werden. Auch der Vorwurf, daß die Motive ein „unzuverlässiges" Hilfsmittel sind, muß — gerade bezüglich der Formvorschriften — zurückgewiesen werden, werden doch in der Wissenschaft vielfach diese immer wieder herangezogen; ein Zeichen dafür, daß sie sich bewähren.

Wir haben uns nun im Folgenden mit der Frage zu beschäftigen, welche in unserem heutigen Recht bestehenden Formvorschriften eine Erschwerung der Perfektion des Vertrags im Interesse der Parteien bezwecken? — In erster Linie kommen hier die Vorschriften der §§ 311—313 BGB. in Betracht. Gerade bei diesen Bestimmungen erfolgte die Festsetzung bestimmter Formerfordernisse zur Verhütung von Übereilung; denn hier besonders können leichtfertige und unüberlegte Abschlüsse von Rechtsgeschäften dieser in §§ 311—313 erwähnten Art[75]) von großer wirtschaftlicher Tragweite sein und schnell zur Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz eines Vertragsteiles führen. Wollte man z. B. das Erfordernis der Form bei den Abschließungsverträgen, die auf Abschluß eines, nach § 312 BGB. der Form bedürftigen Vertrages gerichtet sind, verneinen, so würde man durch die gegebene Möglichkeit einer auf Abschluß des Erfüllungsvertrages gerichteten Klage, den Abschluß eines Vertrages herbeiführen können, und dadurch — was gerade durch die Formvorschrift vermieden werden sollte — eine Umgehung der für die Verfügung von Todeswegen erlassenen Formvorschrift ermöglichen. Das Gleiche gilt auch bezüglich der Vorschrift des § 313. Auch hier kann eine Partei auf Grund eines ohne Überlegung betätigten Abschließungsvertrages zur Übertragung des Grund-

75) RG. 106/176; Cosack-Mitteis a. O. S. 344; Fischbach a. O. S. 164; Stintzing a. O. S. 46; RG. 107/40; 72/385; Staub a. O. § 350/1. 50; Warneyer a. O. S. 202; Motive II. 186; Regelsberger S. 499/22; Rehbein I. 207; Ennecc. I. 1 S. 410; RG. 50/48; 60/120. a. M. Schloßmann 45/1.

eigentums gezwungen werden und dadurch der mit derselben verfolgte Zweck, die Sicherheit des Grundeigentums zu wahren, vereitelt werden[76]).

Bestritten ist ferner hier die Frage, ob die Möglichkeit einer Ausdehnung der in § 313 BGB. enthaltenen Formvorschrift für Grundstücksübertragung auf andere obligatorische Verträge, die sich auf Übertragung von Grundstücksrechten beziehen, besteht. Nach Krehbiel[77]) umfaßt der Geltungsbereich des § 313 auch die Abschließungsverträge zu Verträgen eben erwähnter Art, und zwar begründet er seine Ansicht damit, daß auch hier, gerade wie bei der Eigentumsübertragung von Grundstücken, leichtfertige und unüberlegte Abschlüsse von Verträgen die Sicherheit der mit dem Eigentum verbundenen Rechte bedrohen und aus diesem Grunde eine Ausdehnung der Formvorschrift des § 313 geboten ist. — Diese Ansicht kann jedoch nicht unsere Zustimmung finden. Zunächst ist dieser entgegenzuhalten, daß sie sich in Widerspruch mit dem vom Gesetz rein durchgeführten Grundsatz der Vertragsfreiheit setzt und daß ferner eine, nur aus dringenden Gründen zuzulassende Durchbrechung für diese obligatorischen Verträge nicht geboten ist, da die Aufstellung einer solch strengen Form vom wirtschaftlichen Verkehr nur als unerträgliche Belastung, als eine Erschwerung der freien Abwicklung desselben empfunden wird. Außerdem muß aus der ausdrücklichen Normierung von Formvorschriften für die besonders durch übereilte Abschlüsse gefährdeten und daher schutzbedürftigen Rechte — wie Eigentumsübertragungsverträge über Grundstücke und Erbbaurechtsbestellung — gefolgert werden, daß absichtlich von einer Aufstellung von Formvorschriften für andere, nicht dieselbe Wichtigkeit besitzende Verträge auf Übertragung von an Grundstücken bestehenden Rechten, Ab-

---

76) Im Ergebnis auch: Cosack 4. Aufl. § 87 II; Windscheid-Kipp S. 273; Endemann S. 617; RG. 53/238; Oertmann a. O. I. 2 1928 S. 241; RG. 48/136; 86/31; Cosack-Mitteis a. O. S. 344.

77) a. O. S. 23 ff.

stand genommen worden ist; somit eine Ausdehnung, wie sie Krehbiel für geboten hält, dem Sinn des Gesetzes widersprechen würde[78]). Zu demselben Ergebnis gelangt auch Staudinger[79]), der aber in einem solchen Falle den obligatorischen Vertrag nicht als Abschließungsvertrag zu einem Erfüllungsvertrag ansehen, sondern zwei vollständige, sachlich verschiedene Verträge als vorliegend annehmen will, eine nähere Begründung dieser Meinung jedoch nicht gibt. — Eine Erschwerung der Perfektion der Verträge im Interesse der Parteien bezwecken auch die Formvorschriften über Leibrentenversprechen, Bürgschaftsverträge[80]) und abstrakte Schuldversprechen. Auch der Abschluß dieser Rechtsgeschäfte ist mit Gefahren verbunden; sei es, daß durch die leichtsinnige Abgabe eines Leibrentenversprechens der Schuldner für die Lebensdauer des Gläubigers eine unerträgliche Belastung seines Vermögens herbeiführt, oder der Übernehmer einer Bürgschaft, von deren Tragweite er bei der Übernahme vielleicht keine Vorstellung hatte, durch dieselbe seinen Ruin verschuldet. Bezüglich der Schriftform bei dem Bürgschaftsübernahmevertrag ist zu bemerken, daß das über die Formerfordernis Gesagte nicht Anwendung finden kann auf einen Vertrag, durch den sich jemand dem Hauptschuldner verpflichtet, für seine Schuld die Bürgschaft dem Gläubiger gegenüber zu übernehmen, da § 765 BGB. nur Anwendung auf Rechtsverhältnisse zwischen Bürgen und Gläubiger findet; daher nur eine zwischen diesen Personen abgegebene Erklärung zur Gültigkeit der vorgeschriebenen Form bedarf[81]). Einer gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf auch der Abschließungsvertrag über den künftigen Abschluß eines Gesellschaftsvertrages zur Errichtung einer G. m. b. H.[82]).

78) RG. in Seuffert Archiv Bd. 58/19.

79) Staudinger a. O. S. 612; RG. 86/33.

80) cr. u. a. Planck II. 2 S. 1422; RG. 76/303.

81) Staudinger § 766/1 g; Hellwig a. O. S. 69; v. Tuhr Allg. Teil III. S. 181/An. 44; RG. 59/13; Planck II/2 S. 1422.

82) vgl. Höchstrichterl. Rechtspr. vom 15. April 1929 S. 750.

Streitig ist ferner die Form des Abschließungsvertrages zu einem Schenkungsvertrage; so vertritt u. a. Adler[83]) die Ansicht, einer Form bedürfe nur der Abschließungsvertrag, da dieser bereits der Schenkungsvertrag sei; daß dieses Erfordernis jedoch beim Erfüllungsvertrage entfalle, da der Abschluß desselben „nicht donandi sondern solvendi causa" erfolge. Dieser Ansicht ist aber mit Recht entgegengehalten worden, daß das Objekt des Abschließungsvertrages nur das contrahere sein kann, die „causa des contrahere nur die Individualität des Erfüllungsvertrages", nicht aber die des Abschließungsvertrages bestimme und daß als Folge dieser Verschiedenheit der Objekte beim Abschließungs- und Erfüllungsvertrage, ein in verbindlicher Weise sich vollziehendes Versprechen einer Schenkung sich noch nicht als Schenkungsvertrag darstelle und somit auch nicht der Form bedarf[84]).

Man hat ferner mehrmals die Frage aufgeworfen, ob das Erfordernis der Schriftlichkeit auch für den Abschließungsvertrag zu einem Wechselschluß zu gelten habe, und diese allgemein bejaht[85]). Nach Schloßmann zielt eine auf Wechselausstellung oder Indossierung gerichtete Verpflichtung nur auf Mitwirkung zur Herstellung einer Urkunde von bestimmter Form ab; von dem charakteristischen Merkmal des Abschließungsvertrages — der Mitwirkung zum Abschluß eines Vertrages — kann daher nicht die Rede sein, auch ein solcher niemals vorliegen. Vom Standpunkt der heute das Wechselrecht beherrschenden Vertragstheorie muß diese Ansicht jedoch abgelehnt und damit die Möglichkeit des Bestehens eines Abschließungsvertrages zu einem späteren Wechselvertrage bejaht werden. Fraglich erscheint jedoch die von einem solchen Vertrage zu verlangende Form. Von dem heute als herrschende Meinung zu bezeichnenden Standpunkt aus bedarf ein solcher Vertrag nicht der für den formalen

83) Adler a. O. S. 224.

84) Rath a. O. S. 44.

85) Schloßmann a. O. S. 95 ff.

Vertrag vorgeschriebenen Form. Man hat diese Ansicht folgendermaßen zu begründen versucht: Der auf Abschluß eines formellen Erfüllungsvertrages gerichtete Abschließungsvertrag braucht dann nicht die vorgeschriebene Form zu besitzen, „wenn aus der Wahrung der Formalitäten nur eine besondere Rechtspflicht entspringt, wenn ohne diese immer noch eine Verbindlichkeit vorliegt, nur nicht jene qualifizierte“[86], weil in solchen Fällen für den Versprechenden wegen des Bestehens der Schuld auch ohne Wechsel keine Nachteile entstehen. Wenn nun von anderer[87] Seite der eben dargelegten Meinung entgegengehalten wird, daß auch hier Schutz vor Übereilung geboten ist, da die vielleicht von dem Schuldner durch das formlose Versprechen dem Gläubiger unüberlegt gegebene Möglichkeit, auf zwei Wege gegen ihn, den Schuldner, vorzugehen, eine Verschlechterung der Lage desselben bedeute, so kann dieser Einwand nicht unsere Zustimmung finden. Der durch Formvorschriften bezweckte Schutz vor Übereilung hat nur dann einen guten Sinn, wenn diese Übereilung Nachteile zur Folge haben kann. So bezweckt — um ein Beispiel herauszugreifen — die Formvorschrift des § 765 BGB., den Bürgen vor einer Bürgschaftserklärung zu warnen, die regelmäßig mit Nachteilen verknüpft ist und meistens zu seinem wirtschaftlichen Ruin führen kann. Fragen wir uns nun, welche Nachteile dem Schuldner entstehen, der z. B. zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet ist und durch die Abgabe des Versprechens, später einen Wechselvertrag zu schließen, es dem Gläubiger ermöglicht „auf zwei Wege seinen Anspruch durchzusetzen“, so kann die Antwort nur verneinend ausfallen. Wenn nämlich der Gläubiger sich an den Schuldner wendet und gleichzeitig beide Wege benutzt, also einmal von ihm den Abschluß eines Wechselvertrages aus dem Wechselabschließungsvertrag verlangt und ferner den Kaufpreis aus dem Kaufvertrage, so

86) Rehbein S. 207; Degenkolb S. 67; Scholtze S. 48.
87) Rath S. 46 Schloßmann S. 95; B. Greis S. 22.

wird dieser nur einen der Ansprüche erfüllen. Leistet er den Kaufpreis, so geht damit der Anspruch auf Abschluß des Wechselvertrages unter; erfüllt er den Anspruch aus dem Abschließungsvertrage, schließt er also den Wechselvertrag, dann muß der Wechselnehmer — da mangels ausdrücklicher Abrede die Wechselhingabe nicht als Zahlung gilt, so daß schon dadurch die dem Wechselzuge zugrundeliegende Verbindlichkeit nach § 364 I BGB. getilgt wird, sondern vielmehr nach § 364 II die Vermutung dafür spricht, daß die Hingabe zahlungshalber erfolgte — erst aus dem Wechsel seine Befriedigung suchen und kann, wenn er dies nicht erreicht, auf seine ursprüngliche Forderung zurückgreifen. Seitens des Schuldners braucht aber, solange der Wechsel noch in den Händen des Gläubigers oder eines Dritten sich befindet, eine Zahlung des Kaufpreises nicht zu erfolgen. Somit können ihm durch diese beiden Wege keine Nachteile entstehen[88]. — Aus einem anderen Grunde ist jedoch das Erfordernis der Form in unserem Falle berechtigt. Durch den Abschließungsvertrag zu einem späteren Wechselvertrag kann nämlich mittels Klage die Hingabe eines Wechsels erzwungen werden; durch Weitergabe desselben ferner der Gläubiger die Rechte aus dem Wechsel übertragen, gleichzeitig schneidet diese Indossierung auf die gefährlichste Weise die persönlichen Einreden ab. Dem Dritten können dann nur solche Einreden entgegengestellt werden, die sich direkt aus dem Wechselrecht ergeben, also in rem gehen, und welche dem Schuldner unmittelbar gegen den jetzigen Gläubiger zustehen. Hierin liegt die Gefahr einer Benachteiligung des Wechselschuldners, an die er bei dem Abschließungsvertrage erinnert werden muß. Zur Bekräftigung unseres Ergebnisses kann auch der von Scholtze[89]) herangezogene Vergleich angeführt werden. Oben haben wir bereits das Erfordernis einer Form für die Abschließungsverträge zu den in §§ 311—313 BGB.

88) a. M. Scholtze S. 48.
89) a. O. S. 49

genannten Rechtsgeschäfte begründet. Wenn dort eine solche notwendig ist, weil hohe Werte und die wirtschaftliche Existenz des Einzelnen durch übereilte Abschlüsse auf das Spiel gesetzt werden, so muß die dort vorgeschriebene Form auch bei den Abschließungsverträgen zu Wechselverträgen verlangt werden; denn ebenso wie Grundstücke und Vermögen von großem Wert sein können, trifft dies auch bei Wechselsummen zu, sodaß die leichtsinnige Ausstellung eines Wechsels über größere Summen nicht selten die schwersten Folgen zeitigt. — Im Gegensatz zu der herrschenden Meinung[90]) werden wir daher auch bei den Abschließungsverträgen zu einem späteren Wechselvertrag das Erfordernis der Schriftlichkeit verlangen müssen.

Von großer Bedeutung im praktischen Leben sind auch die über ein Jahr hinaus abgeschlossenen Miet- bezw. Pachtverträge, sodaß auch hier eine Untersuchung der Formvorschriften der Abschließungsverträge zu diesen obligatorischen Verträgen ihre Berechtigung findet. § 566 BGB. bestimmt, daß ein Mietvertrag über ein Grundstück, der für eine längere Zeit als ein Jahr geschlossen wird, der schriftlichen Form bedarf. — Nach einer auch vom Reichsgericht vertretenen Ansicht[91]) hat diese Bestimmung keine Anwendung auf Abschließungsverträge zu solchen Rechtsgeschäften zu finden. Zur Begründung dieser Ansicht stützt man sich einmal auf die Protokolle[92]), wonach bei der Aufstellung von Formerfordernissen für die im § 566 bezeichneten Verträge die Erwägung maßgebend war, daß eine unbeschränkte Bindung des Erwerbers eines vermieteten Grundstückes an mündliche Mietverträge einen unerträglichen Zustand bedeute, während man

90) Rath a. O. S. 46; Greis a. O. S. 22; Rehbein a. O. S. 207; Degenkolb S. 67.

91) Enneccerus 1927 II, 2 S. 390; RG. 86 S. 32; J. W. 1922/285; Staudinger I 1925 S. 611; — a. M. OLG. Kiel in Seuffert Bd. 58 S. 177.

92) Protokolle II S. 147 ff., S. 178.

von anderer Seite[93], die Formlosigkeit der Abschließungsverträge zu Verträgen dieser eben genannten Art damit zu begründen versucht, daß die in § 566 BGB. gegebene Formvorschrift dem späteren Erwerber nur eine zuverlässige Orientierung über die auf ihn nach § 571 übergehenden Verpflichtungen ermöglichen und so ihn vor Überraschungen schützen solle. Nach m. E. kann die im § 566 BGB. enthaltene Formvorschrift nicht für den späteren Erwerber des zur Miete stehenden Grundstückes allein gegeben sein; denn nicht nur, daß die genaue Festlegung der aus dem Mietvertrag entstehenden Rechte und Pflichten für die vertragschließenden Parteien dieselbe Bedeutung wie für den Erwerber hat, sprechen auch folgende Gründe gegen eine Einschränkung der Bedeutung des § 566 BGB. zugunsten des Erwerbers: bei allen bisherigen Formvorschriften war der vom Gesetz bezweckte Schutz nur ein Schutz der am Rechtsgeschäft unmittelbar Beteiligten, während nach der oben erwähnten herrschenden Meinung § 566 nur den Erwerber — einen „Dritten" — vor Überraschungen schützen soll. Wenn dieser zuletzt genannte Gesichtspunkt wirklich allein für den Gesetzgeber maßgebend gewesen war, so bedeutet dies eine Abweichung vom Normalen und hätte in äußerlich erkennbarer Weise auch seinen Ausdruck gefunden; sei es durch besonderes Hervorheben desselben oder durch eine auf den Zusammenhang mit § 571 BGB. hindeutende Stellung des § 566 BGB. innerhalb des Rechtssystems. Aber selbst ein Hinweis letzgenannter Art ist nicht erfolgt, vielmehr weist die Stellung des § 566 innerhalb der für die Parteien gegebenen Vorschriften über die Kündigung eher auf eine zum Schutze der Parteien geschaffene Formvorschrift hin. Dies auch mit Recht, denn in § 566 ist der Schutz vor übereilten Vertragsschlüssen ebenfalls geboten, und zwar einmal für den Vermieter eines wertvollen Grundstückes, der dieses gegen einen geringen Mietzins auf vielleicht lange Zeit vermietet; ferner aber auch für den

93) RG. 103/383; 105/60; Brück in Bürgerl. Archiv 22/33.

Mieter eines ertraglosen Grundstückes, der über dieses einen Mietvertrag mit der Verpflichtung zur Zahlung eines hohen Mietzinses für lange Zeit abschließt. Besonders im letzten Fall kann die dauernde hohe Mietzinszahlung ebenso wie eine Rentenzahlung bei einer Leibrente den wirtschaftlichen Ruin des Zahlenden herbeiführen, sodaß auch hier die Parteien vor einem übereilten Abschluß langjähriger Mietverträge gewarnt werden müssen. Man könnte zwar gegen eine Ausdehnung des Anwendungsbereiches des § 571 BGB. einwenden, daß das Fehlen einer vorgeschriebenen Form — wie in allen Fällen — auch hier Nichtigkeit nach sich ziehen müßte, nach § 566 hingegen dieses Nichtbeachten der Formvorschrift nur die vertragliche Bindung auf ein Jahr abkürze. Ein solches Abkürzen und nicht die sofortige Nichtigkeit hat aber seinen guten Sinn, denn bei den Mietverträgen über Grundstücke wird erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit den Parteien die Möglichkeit einer genauen Feststellung des Ertrages gegeben sein. Mit dem in § 566 BGB. gegebenen Recht der Kündigung nach Ablauf eines Jahres ist immer noch die Möglichkeit, sich von der Nachteile nach sich ziehenden Vertragsbindung zu befreien, gegeben. Ferner spricht noch ein anderer Grund gegen die Bedeutung des § 566 BGB. nur für den Erwerber. Wir haben oben schon erwähnt, daß bei dem heute geltenden Grundsatz der Formfreiheit eine Durchbrechung nur aus dringenden Gründen vorgenommen wurde; es erscheint mir aber sehr zweifelhaft ob die Ermöglichung einer genauen Orientierung des Erwerbers ein solcher ist, zumal wenn man bedenkt, daß es auch im Interesse der Parteien steht — auch des Mieters wegen § 571/1 — bei Abschluß des Kaufvertrages eine genaue Festlegung der auf ihn übergehenden Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrage vorzunehmen.

Ehe wir die Erörterungen über die Formerfordernisse der Abschließungsverträge abschließen, bedarf die Frage, ob bei einem formgerecht abgeschlossenen Abschließungs-

vertrag auch der durch diesen bedingte Abschluß des Erfüllungsvertrages sich in der für ihn vorgeschriebenen Form zu vollziehen hat, einer Klärung. Gegen eine Wiederholung der Form hat sich besonders Walsmann[94]) gewandt und aus der ratio des Gesetzes seine Meinung zu begründen versucht, wonach der Sinn des § 313 dahin geht, im wesentlichen nur die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung durch die Formvorschrift zu treffen, da die durch die Formvorschrift bezweckte Erschwerung der Verpflichtung zur Eigentumsübertragung bereits durch das für den Abschließungsvertrag vorgeschriebene Formerfordernis erreicht werde. Anderen dagegen erscheint es richtiger, eine Wiederholung für erforderlich zu halten[95]). Man hat letztere Ansicht folgendermaßen zu begründen versucht: Durch den Abschließungsvertrag zu einem Grundstücksübertragungsvertrag entsteht die Verpflichtung zum Abschluß eines Vertrages, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen. Ein solcher Vertrag bedarf aber nach § 313 BGB. der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. — Die Vertragsteile übernehmen also mit dem Abschließungsvertrag die Verpflichtung, diese Form auch beim Erfüllungsvertrage anzuwenden; sodaß also eine Wiederholung der Form des Abschließungsvertrages beim Erfüllungsvertrag geboten sei[96]). Gegen letztere Ansicht hat man unter anderem eingewandt[97]), daß die Wiederholung der Form, z. B. in § 313 die gerichtliche oder notarielle Beurkundung, nur den Vertragsteilen doppelte Kosten verursache und daß aus diesem Grunde schon die Ablehnung derselben berechtigt sei; ein Einwand, der für die Ablehnung obiger Ansicht jedoch nicht entscheidend ist. Zunächst erscheint es mir bedenklich, aus den durch die Verwertung eines für die Parteien praktisch sehr

94) a. O. S. 299 ff.

95) Lübbert a. O. S. 300.

96) Planck II ad § 313/2c; Scholtze a. O. S. 47; Winkelmann a. O.

97) Walsmann a. O. S. 299.

wichtigen Rechtsgebildes verursachten Mehrkosten Gegengründe herzuleiten. Wollte man selbst den entstehenden Mehrkosten für die Entscheidung der Frage maßgebende Bedeutung beimessen, so kann folgende Erwägung entgegengehalten werden: In fast allen Fällen wird die durch den Abschließungsvertrag erreichte Sicherung künftiger Bedürfnisbefriedigung für den einen Vertragsteil von derartiger Bedeutung sein, daß die, durch eine Wiederholung der Form bedingten Mehrkosten für denselben kaum ins Gewicht fallen. Außerdem müssen diese bei der Wiederholung geringer sein, da eine nochmalige Beurkundung überflüssig ist. Der Beurkundung charakteristisch ist die Beratung und Abfassung des Inhaltes der Rechtsgeschäfte durch einen zuständigen Beamten. Eine Beratung und Abfassung des wesentlichen Inhaltes ist jedoch schon bei der Beurkundung des Abschließungsvertrages erfolgt, wodurch eine Bezugnahme bezw. Verwertung des Inhaltes möglich ist und daher die Gebühren um ein Wesentliches vermindern. Der eben behandelte Einwand ist daher nicht als Argument gegen die u. a. von Walsmann vertretene Meinung geeignet. Trotzdem muß aber diese als unzutreffend bezeichnet werden. Gibt sie uns doch nur eine Antwort auf die Frage, ob aus dem Abschließungsvertrage eine Verpflichtung zum Abschluß des Erfüllungsvertrages in der nach § 313 festgelegten Form begründet wird, ist dagegen nicht eine Lösung des hier allein maßgebenden Problems der Form als Gültigkeitserfordernis für den späteren Erfüllungsvertrag, das besonders dann akut wird, wenn der aus dem Vertrage Berechtigte den Abschluß des Erfüllungsvertrages verlangt, ohne eine Forderung auf Mitwirkung bei der Erfüllung der Formvorschrift geltend zu machen oder wenn die vom Berechtigten verlangte Erfüllung der Formvorschrift seitens des dazu Verpflichteten von diesem verweigert wird. Kommt hier trotz Fehlens der Form der Erfüllungsvertrag zum Entstehen? Diese Frage muß bejaht werden, wenn diese Form nicht Gültigkeits-

erfordernis des Erfüllungsvertrages ist. Gültigkeitserfordernis kann diese aber nicht sein. Richtig sind m. E. folgende Erwägungen: Aus dem Abschließungsvertrage wird die eine Partei zum Mitwirken bei dem Abschluß des Erfüllungsvertrages verpflichtet. Dieses Mitwirken besteht in der Vornahme solcher Handlungen, welche zum Zustandekommen des Vertrages erforderlich sind. Es muß daher die Frage aufgeworfen werden, ob die Wiederholung der Form zum Zustandekommen des Erfüllungsvertrages erforderlich ist; das ist jedoch nur dann der Fall, wenn der durch die Formvorschrift erstrebte Zweck bisher noch nicht erreicht wurde. Zweck der Formvorschrift z. B. des § 313 ist aber, den Rechtsunkundigen vor übereilten Eigentumsübertragungsgeschäften und vor leichtfertiger Eingehung solcher Verträge zu warnen (Protokoll I 458). Dieser Zweck wird aber schon durch die Erfüllung der Formvorschrift beim Abschließungsvertrage erreicht; denn hier erfolgt bereits eine bei der Beurkundung sich vollziehende Beratung und Abfassung des Vertrages durch einen zuständigen Beamten; sodaß eine nochmalige Vornahme der Beurkundung nicht geboten ist. Im Ergebnis gelangen wir daher zu dem bereits von Walsmann aufgestellten Grundsatz der Formlosigkeit der Erfüllungsverträge bei schon erfolgter Erfüllung der Form beim Abschließungsvertrag[98]). Gegen dieses Ergebnis hat man geltend gemacht, es führe zu dem merkwürdigen Ergebnis, daß der Abschließungsvertrag einer strengeren Formgebundenheit als der spätere Erfüllungsvertrag unterworfen sei. Aber das ist nicht berechtigt, wenn man bedenkt, daß der Abschließungsvertrag nicht ein Vertrag minderer Art ist, sondern juristisch gleichwertig und gleichberechtigt dem Erfüllungsvertrage gegenübersteht und ferner der durch die Formvorschrift erstrebte Zweck bereits durch die bei dem Abschließungsvertrag erforderte Form erreicht wird. — Von unserem Standpunkt aus betrachtet, würde die Gegenmeinung zu

98) Thiele a. O. S. 318 ff.

einer zwecklosen, die schnellere Abwicklung des Rechtslebens unnötig hemmenden Wiederholung — z. B. der, auch Unkosten verursachenden gerichtlichen oder notariellen Beurkundung oder einer sonstigen Form — führen.

IV. Kapitel.

Wirkungen der Abschließungsverträge.

§ 10. Sorgfaltspflicht der Parteien.

Aus dem Abschließungsvertrag entspringt, wie schon dargelegt wurde, der Anspruch auf Abschluß eines späteren Vertrages. Der Inhalt geht also auf „contrahere", ein Standpunkt, der erst durch die neuere Literatur festen Boden fassen konnte. Es kann hier kurz erwähnt werden, daß die gemeinrechtliche Literatur bezüglich der Frage des Inhalts dieser Vertragsart keinen einheitlichen Standpunkt eingenommen hat. Während z. B. einige[99]) nur einen Anspruch auf das Interesse, also auf das, was der Berechtigte durch den Abschluß des Erfüllungsvertrages gehabt haben würde, zulassen wollen, geben andere[100]) die Möglichkeit einer Abwendung der Interessenleistung durch Erfüllung zu. Heute kann die Meinung, daß der Inhalt des Abschließungsvertrages auf ein „contrahere" geht, als herrschende[101]) bezeichnet werden. — Dieser Anspruch ist jedoch nicht das einzige aus dem Abschließungsvertrage fließende Recht, vielmehr werden wir noch einige andere durch denselben hervorgerufene Wirkungen feststellen können. So entsteht im Augenblick des Abschlusses für beide Parteien eine gewisse Sorgfaltspflicht. Zur Lösung der Frage nach dem Umfang dieser Pflicht können

99) Brinz § 394; Arndts S. 457.

100) Regelsberger a. O. S. 131.

101) Degenkolb S. 43; Berndt S. 6; Endter a. O.; Bechmann S. 271; Attenhofer S. 339.

wir zwei Wege einschlagen, entweder wendet man ganz allgemein den für Verträge unseres Rechts — soweit eine besondere Regelung nicht erfolgt ist — geltenden Grundsatz des § 276 BGB. auch auf die Abschließungsverträge an; oder man dehnt die für die einzelnen Erfüllungsverträge gegebenen Vorschriften -- einen teils strengeren, teils milderen Haftungsmaßstab vielfach darstellend -- auf die entsprechenden Abschließungsverträge aus. Man wird den letzteren Weg, aus der Erwägung heraus, daß sich keine Gründe denken lassen, die einen verschiedenen Haftungsmaßstab für Verträge desselben Inhaltes rechtfertigen, als den einzig richtigen bezeichnen müssen, zumal — wenn wir diesen ersten Weg für den richtigen halten wollten und somit zu einer allgemeinen Anwendung des § 276 auf die Abschließungsverträge gelangen — uns das seltsame Resultat entgegentreten würde, daß der Haftungsmaßstab in einigen Fällen für den Abschließungsvertrag strenger als der des Erfüllungsvertrages gestaltet ist. Wir werden daher mit der herrschenden Lehre[102]) eine Anwendung des § 276 nur für solche Fälle zulassen, wo eine spezielle Regelung der Haftung der Parteien für den Erfüllungsvertrag uns die Möglichkeit einer entsprechenden Ausdehnung dieser auf unser Institut nimmt. Diese Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung geben uns die Vorschriften der §§ 599, 690, 708 BGB. Eine Anwendung des § 599 erscheint insofern gerechtfertigt, als die für eine Herabsetzung der Haftung beim Erfüllungsvertrag maßgeblichen Gründe auch beim Abschließungsvertrag zutreffen, denn auch hier entspricht es der Billigkeit, daß von demjenigen, der einem anderen etwas unentgeltlich zukommen läßt, nicht dieselbe Sorgfalt verlangt werden kann, wie von einem anderen Schuldner[103]). Aus demselben Gedanken heraus hat man eine beschränkte Haftung desjenigen, der die unentgeltliche Verwahrung einer Sache verspricht, für geboten gehalten. Eine Aus-

102) Stintzing S. 14; Deiter S. 77; Böttcher S. 48; Berndt S, 51.
103) Motive II S. 446; Protokolle II S. 269; Oertmann II ad § 599.

dehnung der Bestimmung des § 690 BGB. auf den Abschließungsvertrag dürfte daher auch hier kaum Bedenken hervorrufen.

Ein geringerer Maßstab der Haftung ist auch für den Gesellschafter vorgeschrieben, der bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, die er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Die Begründung für diese milde Haftung finden wir in den Motiven, wonach man bei der Schaffung der Bestimmung des § 708 BGB. die Tatsache mitberücksichtigt hat, daß der Gesellschafter bei der Erfüllung seiner Verpflichtungen nur seine eigenen Interessen verfolgen wird und fördern kann, somit schon ein strengerer Haftungsmaßstab nicht erforderlich ist. Auch hier steht einer entsprechenden Anwendung des § 708 auf den Abschließungsvertrag nichts im Wege[104]).

§ 11. Übertragbarkeit und Vererblichkeit des Anspruches.

Vor der Erfüllung kann nun seitens des Berechtigten eine Übertragung des durch den Abschließungsvertrag entstandenen Anspruches erfolgen und somit die Frage der Übertragbarkeit desselben aufgeworfen werden. Es wird daher ferner unsere Aufgabe sein, diese zu untersuchen. Auch hier bewegen wir uns auf einem Gebiete, das von jeher sehr umstritten ist. Als herrschende Meinung[105]) kann hier vorweg diejenige bezeichnet werden, wonach die Entscheidung dieser Frage nach den Umständen des einzelnen Falles zu erfolgen hat. Als unübertragbar haben zunächst alle Forderungen auszuscheiden, denen vom Gesetz die Übertragbarkeit genommen ist. So muß

104) h. M. Staudinger ad § 708; Protokolle II 420; Motive II 601; Deiter S. 78.

105) Reichsgerichtsräte § 610,2; RG. 32 364; 38/311; Eck-Leonhard a. O. S. 507; Recht 1905 S. 563; Staudinger a. O. S. 678/3; Göppert a. O. S. 424; Altenhofer a. O. S. 335; Schollmeyer a. O. S. 364; Bechmann S. 275.

als wichtigste gesetzliche Bestimmung zunächst § 399 ins Auge gefaßt werden, wonach die Abtretung einer Forderung ausgeschlossen ist, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne wesentliche Änderung erfolgen kann. Nach Kohler[106]) braucht der Schuldner sich eine solche Änderung nur dann gefallen zu lassen, wenn dadurch weder seine wirtschaftlichen noch seine persönlichen Interessen benachteiligt werden. Von einer anderen Seite will Oertmann diese Frage entscheiden[107]); der in der ersten Auflage seines Werkes sich noch warm für die Unübertragbarkeit aller Ansprüche aus Abschließungsverträgen eingesetzt hat, jetzt jedoch seine Ansicht dahingehend einschränkt, daß er die Übertragbarkeit des Anspruches aus dem Abschließungsvertrag nur bei solchen Verträgen zulassen will, deren Erfüllungsverträge nur eine einseitige Berechtigung einer Partei zur Folge haben; vorausgesetzt, daß die Ansprüche nur als Erfüllungsverträge selbst übertragbar sind, während ein Anspruch aus einem auf Abschluß eines, für beide Teile Verpflichtungen erzeugenden Erfüllungsvertrages gerichteten Abschließungsvertrage eine solche entbehren muß, da hier die „Einschiebung einer anderen Person für den künftigen Erfüllungsvertrag nicht nur formalrechtlich, sondern auch materiell-wirtschaftlich eine Änderung des Inhaltes sei". Diese Unterscheidung führt aber nicht zu einer richtigen Entscheidung der einzelnen Fälle. Wenn wir zum Beispiel als Erfüllungsvertrag einen Kaufvertrag nehmen, ein Vertrag, der ohne Zweifel für beide Parteien Verpflichtungen enthält, dann müßte nach der Oertmannschen Ansicht die Übertragbarkeit für diesen versagt sein und doch werden wir gerade beim Kauf keine Bedenken haben, die Übertragbarkeit des Anspruches zu bejahen; denn der einen Partei wird es in der Regel gleichgültig sein, an wen sie den Kaufpreis zahlt, um die Geldschuld

106) Kohler a. O. Lehrbuch S. 161 II; ähnlich Regelsberger Hb. II S. 421.

107) Oertmann a. O. S. 439.

zu tilgen, während es dem Verkäufer in den meisten Fällen gleichgültig ist, wem er die Sache veräußert. Zu brauchbaren Ergebnissen gelangt man jedoch mit dem von Kohler aufgestellten Satz, daß eine Änderung immer dann nicht vom Schuldner geduldet zu werden braucht, wenn dadurch sein wirtschaftliches oder sein persönliches Interesse verkümmert. So wird nach diesem Grundsatz die Frage nach der Übertragbarkeit des Anspruches aus einem Darlehnsabschließungsvertrage zu verneinen sein[108]; würde doch hier eine Änderung der Person eine Benachteiligung der persönlichen und wirtschaftlichen Interessen mit sich bringen; denn gerade beim Darlehn spielt die Kreditfähigkeit des Darlehnsnehmers eine entscheidende Rolle. Es würde ein unbilliges Ergebnis sein, wenn der spätere Darlehnsgeber, der mit dem sicheren B. den Abschluß eines späteren Darlehnsvertrages vereinbart hat, infolge einer Übertragung des Anspruches aus dieser Vereinbarung zu einem Abschluß des Darlehnserfüllungsvertrages mit dem kreditunwürdigen C. gezwungen werden könnte[109]. Ebenso würde man eine Benachteiligung der Interessen des Schuldners und somit eine wesentliche Änderung des Inhaltes des Vertrages dann als vorliegend betrachten, wenn durch eine Abtretung des Anspruches aus einem Schenkungsabschließungsvertrag dem künftigen Schenker eine andere Person als Schenkungsnehmer aufgezwungen werden soll[110]. Das persönliche bezw. wirtschaftliche Interesse wird ferner bei dem Leih- und Verwahrungsvertrag von ausschlaggebender Bedeutung sein. So wird — um ein Beispiel herauszugreifen — der Verleiher stets ein persönliches Interesse daran haben, daß die von ihm verliehene Sache, z. B. ein neues Auto, sich immer nur in den Händen solcher Personen befindet,

108) Staudinger II, 2 S. 678/3; Windscheid-Kipp § 355; RG. 32/364; Eck-Leonhard a. O. S. 507; RG. und Seuffert Arch. Bd. 52/148; Recht 07 Nr. 146; Oertmann a. O. I, 2 S. 439; Adler S. 264.

109) a. M. Lübbert Jhr. 52/377; Kohler Archiv 33/24.

110) Oertmann a. O. Bd. I/2 1928 S. 439.

von deren Seite er eine sorgfältige Benutzung erwarten kann; eine Erwägung, die uns auch zu einer Ablehnung der Übertragbarkeit des Anspruches aus einem Abschließungsvertrage zu einem Auftrage zwingt[111]). Übereinstimmend wird man aber Übertragbarkeit des Anspruches in den Fällen annehmen müssen, wo an Stelle des ursprünglichen Anspruchs ein auf Ersatz des Schadens gerichteter getreten ist (cr. Bechmann S. 275; Thöl § 246 IV).

Als weiteres Problem bleibt noch die Frage der Vererblichkeit unseres Anspruches zu prüfen. Auch hier gehen die Meinungen sehr auseinander. So wollen einige Schriftsteller[112]) mit dem Eintritt des Todes der einen Partei auch den Abschließungsvertragsanspruch erlöschen lassen, verneinen somit die Möglichkeit einer Vererbung desselben. Begründet wird diese Ansicht damit, daß die beteiligten Personen derartig eng mit dem Abschließungsvertrag verknüpft sind, daß jede Änderung einer Person auch die Änderung des Inhalts und Wesens desselben bedingt. — Andere[113]) dagegen sprechen dem Tode einer Partei jeden Einfluß auf den Bestand des Erfüllungsvertrages ab. Der ersteren Ansicht muß jedoch entgegengehalten werden, daß sie zu einem Ergebnis führt, das sich in keiner Weise mit dem Wesen des Abschließungsvertrages vereinbaren läßt. Gerade der mit dieser Vertragsart erstrebte Erfolg, die Sicherung der Befriedigung künftiger Bedürfnisse, würde vereitelt werden, wenn mit dem Eintritt des Todes des einen Kontrahenten der Anspruch aus dem Abschließungsvertrage sein Ende erreichen sollte. Nicht die Personen sind oft eng mit dem Abschließungsvertrage verbunden, sondern der Betrieb. Anderseits dürfte es auch zu weit gehen, wenn man dem Tode jeden Einfluß auf den Bestand des Erfüllungsvertrages absprechen wollte. Sollte etwa derjenige, der sich in einem Abschließungsvertrag verpflichtet hat, einem guten Freunde;

111) Zustimmend Rath S. 60; RG. 38/311; Deiter S. 83.
112) Degenkolb S. 78; Attenhofer S. 345; Göppert a. O. S. 425.
113) Bechmann S. 275.

der schon durch seine soziale Stellung als kreditwürdig bezeichnet werden kann, nach dem Tode desselben verpflichtet bleiben, mit dem Erben, einer vielleicht verschwenderischen und mittellosen Person, den Darlehnsvertrag abzuschließen? — Dies kann nur verneint werden. Dagegen wird man allgemein die Frage nach der Vererblichkeit eines in eine Schadenersatzforderung z. B. wegen Nichterfüllung des Vertrages umgewandelten Anspruches bejahen müssen (Göppert a. O. S. 424 ff.). Die eben angeführten Gründe gegen und für die Verbindlichkeit des Anspruches aus dem Abschließungsvertrage zeigen uns schon, daß diese Frage nicht eine einheitliche Beantwortung finden kann, sondern diese wie die der Übertragbarkeit von Fall zu Fall verschieden ausfallen wird[114].

§ 12. Aufrechnung und Verjährung.

Einige Abweichungen von den gewöhnlichen bei oder durch die Erfüllung der Verträge eintretenden Wirkungen werden wir auch beim Abschließungsvertrage feststellen können. Der normale Weg wird der sein, daß durch beiderseitiges Mitwirken der Parteien der Erfüllungsvertrag zustande kommt und dadurch das Schicksal der aus dem Abschließungsvertrag fließenden Forderung besiegelt wird. Man könnte sich hier leicht zu der Annahme verleiten lassen, daß der aus dem Erfüllungsvertrag neu entstehende Anspruch eine Fortsetzung des bisherigen bedeute. Jedoch ist dies nicht der Fall, vielmehr entsteht dieser neue Anspruch völlig unabhängig aus dem neuen Erfüllungsvertrag. Wann diese Erfüllung nun eintritt, wird nicht immer ohne Schwierigkeiten festzustellen sein, es braucht z. B. im Beginn eines Betriebes eines Gesellschaftsgeschäftes nicht notwendig eine Erfüllung des Abschließungsvertrages erblickt werden, da ein solches Eröffnen sich auch als ein Versuch darstellen kann, der vorbehaltlich des späteren Abschlusses des Erfüllungsvertrages

114) cr. Rath S. 34; Deiter S. 88.

unternommen ist[115]). Neben dieser Form des Erlöschens können auch die im Bürgerlichen Recht gegebenen Gründe, wie Erlaß, Konfusion sowie die für einzelne Verpflichtungsverträge besonders in Frage kommenden Bestimmungen der §§ 544, 605/I, 620, 723 u. a. herangezogen werden. Alles Gründe, bezüglich deren eine Verschiedenheit bei den Abschließungsverträgen nicht festgestellt werden kann. Zwei Arten der Beendigung des Schuldverhältnisses müssen jedoch wegen ihrer von den übrigen Verträgen sich unterscheidenden Behandlung bei Abschließungsverträgen einer kritischen Betrachtung unterworfen werden: Aufrechnung und Verjährung. Wenden wir uns zunächst der Aufrechnung zu. Nach § 387 BGB. sind die Voraussetzungen der Aufrechnung: Gegenseitigkeit, Gültigkeit und Fälligkeit der Forderungen; ferner müssen die Leistungen ihrem Gegenstande nach gleichartig sein. Aus dem letztgenannten Erfordernis folgt schon, daß die Aufrechnung fast regelmäßig nur bei bestehenden Geldforderungen in Erscheinung zu treten pflegt, da hier diese Voraussetzung immer vorliegen wird. Akut wird daher die Frage nach der Aufrechenbarkeit mit oder gegen einen Anspruch aus einem Abschließungsvertrage hauptsächlich beim Darlehn. An dem Erfordernis der Gleichartigkeit wird es jedoch bei einer geltend gemachten Aufrechnung mit oder gegen Ansprüche ebenerwähnten Ursprungs fehlen. Zwar wird von einer nicht unbeachtlich zu bleibenden Seite die Möglichkeit einer Aufrechnung mit einer solchen Forderung angenommen, doch sind die zur Begründung der eben genannten Ansicht[116]) herangezogenen Gründe nicht stichhaltig. — Wie wir schon mehrmals oben erwähnt haben, entspringt aus dem Abschließungsvertrage ein Anspruch, der auf Abschluß eines späteren Vertrages gerichtet ist, also kein Geldanspruch; somit ist auch das Erfordernis der Gleichartig-

---

115) RG. 103/73; Planck S. 1271.

116) Regelsberger S. 417 u. a.

keit der Forderung nicht gegeben[117]); eine Rechtslage, die sich zwar im Augenblick des Abschlusses des Erfüllungsvertrages insofern ändert, als aus diesem ein Anspruch auf Auszahlung der Darlehnssumme — also ein Geldanspruch — entspringt. Es müßte also dann, da zwei gleichartige Ansprüche gegenübertreten, eine Aufrechnung möglich sein. Aber auch dieses Ergebnis kann nicht gebilligt werden[117a]). Nicht nur, weil durch das Zulassen der Aufrechnung beim Darlehnsvertrag ein zweckwidriger Erfolg[118]) insofern erreicht wird, als dem Darlehnsnehmer durch diese die Möglichkeit einer Verfügung über die Darlehnssumme überhaupt genommen wird, also eine Verfügung über dieselbe nicht mehr von Seiten des Darlehnsnehmers — was eigentlich der Zweck des Darlehnsvertrags sein soll —, sondern von Seiten des Darlehnsschuldners erfolgt. Vielmehr wird durch diese Ersatzleistung auch gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen; denn diese ist eine solche, wie man sie nicht von einem anständigen Menschen erwarten darf, wenn letzterer weiß — was in der Regel bei Darlehnsverträgen angenommen werden muß —, daß der Gegner gerade Wert darauf legt, diese Leistung aus dem Vertrage in Geld zu erlangen. Was hier gesagt wurde, gilt auch für den Darlehnsabschließungsvertrag. Ferner würde hier der erstrebte Erfolg, die Sicherung der Befriedigung künftiger Bedürfnisse, niemals erreicht werden, wenn der Schuldner durch die Möglichkeit einer Aufrechnung gegen den Anspruch aus dem Darlehnsabschließungsvertrag diesen zum Erlöschen bringen und dadurch die Durchführung der Pläne des Vertragsgegners vereiteln könnte. Man wird zwar hiergegen einwenden, daß der Gläubiger

117) Gegen Aufrechnung auch: Planck 1928 S. 929; Oertmann ad § 610/1; Warneyer a. O. S. 1003; Reichsger.-Räte-Kom. § 610; Ennecc. § 362/2; RG. 50/303; Kipp-Windscheid ad § 350/3; RG. 52/306; RG. 66/359.

117a) Kohler Lehrb. II/1 S. 539.

118) Derselbe im Archiv bürgl. Recht Bd. II/234.

durch die Vereinbarung einer Nichtaufrechenbarkeit dieses Anspruches eine völlige Sicherung herbeizuführen in der Lage ist, jedoch ist auch mit diesem Mittel nicht allen gedient. Die wenigsten werden daran denken, daß die erstrebte Sicherung durch eine von Seiten der Vertragsparteien erfolgende Aufrechnung gefährdet werden kann. Hervorgehoben muß ferner werden, daß eine gestellte Forderung auf Herbeiführung der Vereinbarung einer Nichtaufrechenbarkeit beide Parteien nur mit gegenseitigem Mißtrauen erfüllen wird und schon aus diesem Grunde diese eine ausdrückliche Vereinbarung des Ausschlusses vermeiden werden. Man muß daher einen Schritt weiter gehen und eine stillschweigende Vereinbarung für die Fälle hinreichend betrachten, wo die Gewährung der Leistung in Geld bei Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben als eine nach der Zweckbestimmung gebotene erscheint; Fälle, die uns gerade bei den Darlehnsabschließungsverträgen regelmäßig begegnen[119]). Zusammenfassend läßt sich daher nur sagen, daß eine Aufrechenbarkeit gegen oder mit einer Forderung auf Abschluß eines Darlehnsvertrages als dem Sinn und Zweck des Gesetzes nicht entsprechend abgelehnt werden muß.

Eine von den übrigen Rechtsverhältnissen verschiedene Gestaltung der Abschließungsverträge muß auch bezüglich der Verjährung bestehen. Da man auch hier von einer näheren Normierung — wie sie z. B. im sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch erfolgt ist — wegen Fehlens eines Bedürfnisses Abstand genommen hat, muß hier eine Anwendbarkeit der im Bürgerlichen Gesetzbuch gegebenen Vorschriften auf unser Institut geprüft werden. Als regelmäßige Verjährungsfrist wird im § 195 BGB. eine solche von dreißig Jahren bezeichnet; eine so lange Frist kann jedoch für die Abschließungsverträge nicht in Frage kommen. So wird schon von Berndt[120]) eine analoge Anwendung

---

119) Kohler Lehrb. II/1 S. 339; cr. OLG. Bd. 3/93; Kohler in Archiv II 235; Regelsberger Jhr. 52/416.

120) Berndt a. O. S. 63; Deiter O. 87; Motive I 297.

des § 196 BGB. auf die Ansprüche aus dem Abschließungsvertrag gefordert, weil die zur Aufstellung einer kürzeren Frist maßgebenden Gründe auch für unser Rechtsgebilde zutreffen. Letztere Ansicht läßt sich aber mit dem Wesen des Abschließungsvertrages nicht vereinbaren; werden wir doch gerade bei diesem feststellen können, daß der Wille der Parteien auf Abschluß eines Vertrages näher geregelter Art gerichtet ist, ein Hinausziehen der Geltendmachung des Anspruches und eine dadurch bedingte langandauernde Bindung des einen Vertragsteiles nach dem Willen der Beteiligten gerade vermieden werden soll. Überzeugend sind auch die von Degenkolb[121]) durchgeführten Folgerungen, zu denen wir bei einer entsprechenden Anwendung der regelmäßigen Verjährungsfrist gelangen; denn ein durch Abschließungsvertrag erzwungenes Bereithalten eines bestimmten Geldbetrages für die Dauer von dreißig Jahren, kann, zumal, wenn eine solche Verpflichtung aus einem auf Abschluß eines unverzinslichen Darlehnsvertrages gerichteten Rechtsverhältnis entspringt, niemanden zugemutet werden. Andererseits kann aber auch eine feste zweijährige Verjährungsfrist für den Anspruch aus einem Rechtsgebilde der zu besprechenden Art — wie sie von Berndt für erforderlich gehalten wird — nicht verlangt werden. Vielmehr bedingt auch hier die Verschiedenartigkeit der Gestaltung der einzelnen Abschließungsverträge nach m. E. eine solche der Verjährungsfristen, sodaß eine Entscheidung von Fall zu Fall erforderlich ist.

§ 13. Rechtliches Schicksal der Abschließungsverträge.

Zum Schluß dieses Kapitels muß noch eine Erörterung der Frage nach dem rechtlichen Schicksal des aus dem Abschließungsvertrage entspringenden Anspruches für den Fall einer von Seiten des Verpflichteten erfolgenden Ab-

121) Degenkolb a. O. S. 47.

lehnung der Erfüllung desselben erfolgen. Der Berechtigte wird in einem solchen Falle zunächst den Weg der Klage beschreiten, um dann nach Erlangen eines vollstreckbaren Titels die Vollstreckung zu betreiben. Daß die Vollstreckbarkeit eines zum Abschluß eines Realvertrages verpflichtenden Abschließungsvertrages zulässig ist, wird heute allgemein angenommen; zumal das früher von Regelsberger[122]) gegen die Vollstreckbarkeit geltend gemachte Argument, „man könne dem aus einem Darlehnsvertrage Verurteilten nicht Hab und Gut verkaufen, damit dieser Gläubiger werde", nicht haltbar ist; denn die aus dem Abschließungsvertrag fließende Befugnis unterscheidet sich nicht von der anderer Verträge, somit kann auch eine Verschiedenheit bezüglich der Vollstreckung dieses Anspruches nicht bestehen[123]). Nach welchen Bestimmungen nun diese sich vollzieht, ist bestritten. In Frage kommen vor allem die §§ 883, 888, 894, 803 ff. ZPO. Danach würde also der Anspruch auf Abschluß eines formellen Realvertrages in folgenden Etappen durchgesetzt werden. Nach § 894 ZPO. würde das Urteil mit Erlangung der Rechtskraft die zum Zustandekommen des Rechtsgeschäfts erforderlichen Willenserklärungen ersetzen. Die zum Zustandekommen des Realkontraktes erforderliche Hingabe der Sache erfolgt in der Weise, daß der Gerichtsvollzieher die Leistung in Empfang nimmt. Eine solche gilt nach § 819 ZPO. als Zahlung von Seiten des Schuldners. Der Art der Zwangsvollstreckung gegenüber müssen aber insofern Bedenken aufkommen, als sie umständlich und daher praktisch nicht brauchbar ist[124]). Mit Recht hat daher die herrschende Meinung[125]) den von Kipp zuerst vertretenen Standpunkt eingenommen, wonach die Mög-

122) a. O. S. 131.

123) Degenkolb S. 86; Böttcher S. 44.

124) Windscheid § 370/18; Rath S. 31; Berndt S. 57; Adler S. 85.

125) Kipp a. O. S. 88; Traut a. O. S. 25; Kohler Archiv f. zivile Praxis 80/286.

lichkeit einer schnelleren Durchführung der Zwangsvollstreckung durch entsprechende Anwendung der Vorschriften über Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen bezw. zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen gegeben ist. Hiernach tritt die Erfüllung des Abschließungsvertrages schon im Augenblick der Hingabe bezw. Wegnahme der Sache durch den Vollstreckungsbeamten ein.

V. Kapitel.

Die Realverträge im heutigen Recht.

§ 14. Wesen der Realverträge.

In einem engen Zusammenhang mit den bisher erörterten Abschließungsverträgen stehen die sogenannten Realverträge. Die große Bedeutung dieses letztgenannten Vertrages für das rechtliche Schicksal der Abschließungsverträge rechtfertigt eine kurze Behandlung auch dieses Rechtsgebildes, zumal eine Regelung seitens des Gesetzgebers nicht erfolgt ist und auch die Motive nur in unklarer Weise auf dasselbe Bezug nehmen. Ehe wir uns jedoch der Frage nach den Realverträgen im heutigen Recht zuwenden, muß das Wesen dieser Erscheinung unsere Aufmerksamkeit finden. Eine verschiedene Beantwortung hat die Frage nach dem entscheidenden Kriterium unseres Begriffes gefunden. So glaubten einige[126]) eine Hingabe als bloße, für sich allein zur Kennzeichnung nicht ausreichende „Äußerlichkeit" bezeichnen zu können und halten die klagweise Durchsetzung der Hingabe der Sache als kennzeichnendes Moment für ausreichend. Diese Ansicht muß jedoch von vornherein abgelehnt werden. Wenn nämlich der Grund der Nichtdurchsetzbarkeit im Wege der Klage das Fehlen jeglicher Vertragspflicht vor der Hingabe ist, nach der Hingabe erst die Wirkungen

126) Schloßmann a. O. S. 54; K. Weber S. 6 ff.

des Vertrages eintreten, so ist daraus zu folgern, daß die Hingabe das vertragsbegründende Moment ist. Da ferner die klagweise Durchsetzung eines Vertragsanspruches nur bei einem gültigen Vertrage möglich ist, so ist die klagweise Durchsetzung erst eine Folge des vorliegenden Gültigkeitserfordernisses, der Hingabe, letztere muß daher Ausgangspunkt der Untersuchung sein.

Viel Anklang hat auch die u. a. von Kohler vertretene Meinung[127]) gefunden, wonach die im Realkontrakte enthaltenen, zu einer untrennbaren Verbindung verschmolzenen Elemente — ein obligatorisches, zur Rückgabe der „res" verpflichtendes und ein dingliches, die Übertragung des Eigentums an der Sache bezweckendes — das Wesen des Realkontraktes kennzeichnen.

Zu der Untersuchung der Frage nach dem wesentlichen Merkmal der Realverträge muß man sich nach m. E. Folgendes klar machen: Wie schon der Name Realvertrag besagt, handelt es sich um einen solchen Vertrag, bei dem ein consensus nicht zum Zustandekommen desselben alleinige Voraussetzung ist, vielmehr muß hier noch ein reales Moment in Erscheinung treten. Als realen Vorgang finden wir daher bei der Leihe z. B. die Hingabe der Sache. Diese hingegebene Sache bleibt nun nicht für immer im Besitz des Empfängers, vielmehr erfolgt nach Ablauf einer bestimmten, zur Erreichung des wirtschaftlichen Zweckes hinreichenden Zeit eine Rückgabe derselben. Zu dieser Rückgabe ist der Empfänger verpflichtet. — Als ein den Realverträgen wesentliches Moment werden wir daher auch die Verpflichtung zur Rückgabe feststellen können. An die Rückgabepflicht des Gläubigers hat man nun angeknüpft und folgende Erwägung angestellt: Die Rückgabe einer Sache kann nur erfolgen, wenn dieser eine Hingabe vorangegangen ist[128]). Die Verpflichtung zur Rückgabe stelle sich aber als eine solche zu einer unmöglichen Leistung dar, wenn eine Hingabe

127) Kohler Lehrb. II 233 ff.

128) Eisele a. O. S. 16.

nicht erfolgt ist. Die Hingabe muß also der Rückgabe gegenüber als das primäre, die Voraussetzung der letzteren erst schaffende Moment bezeichnet werden, welches für so wichtig gehalten wird, daß man diese Hingabe als die, den einen Bestandteil des Realvertrages bildende „res" bezeichnet hat. Den Vertretern der eben entwickelten[129], das Erfordernis der „res" bei den Realverträgen auf „Naturnotwendigkeit" zurückführenden Lehre ist jedoch ein Fehler insofern unterlaufen, als sie „die Pflicht früher zu leisten, als ein bestimmter Umstand eintritt, mit der früher als ein bindender Umstand eintretenden Pflicht zur Leistung" verwechselt haben[130]. Das Bestehen der Möglichkeit einer Verpflichtung zur Rückgabe vor erfolgter Hingabe kann jedoch nicht geleugnet werden. Auch die u. a. von Kohler vertretene oben erwähnte Ansicht, wonach das entscheidende Merkmal der Realverträge die zu einer Einheit verschmolzenen Elemente bilden, führt zu einem Ergebnis, das uns notwendigerweise zu einer Ablehnung der Ansicht zwingt. Nach dieser Ansicht würde — was auch von Kohler[131] nicht geleugnet wird — jeder mit einer Sachleistung beginnende obligatorische Vertrag als Realvertrag anzusehen sein, während ein als „Realvertrag" angesehenes Schuldverhältnis diese Natur verlieren würde, sobald die Sachleistung zeitlich einem vorangehenden consensus nachfolgt[132]. Wir werden jedoch feststellen können, daß ein schon durch bloßen consensus zustandekommender Vertrag niemals zu einem Realvertrag wird, wenn diesem consensus bereits eine Sachleistung vorausgegangen ist. Nicht die natürliche Folge der Hingabe und Rückgabe ist dem Realvertrage charakteristisch, sondern der von uns mit „res" bezeichnete Bestandteil selbst, dessen Vorhandensein für die Entschei-

129) Eisele a. O. S. 22 ff.; Unger a. O. § 1 ff.; Bähr, Anerkennungsvertrag 2. Aufl. S. 168.

130) Adler a. O. S. 194.

131) Kohler a. O. Lehrbuch II S. 233.

132) Gruner a. O. S. 4.

dung, ob Consensual- oder Realvertrag, von maßgebender Bedeutung ist[133]). Als Realverträge im Sinne unserer Ausführung werden wir daher nur solche Verträge auffassen, bei denen die Realleistung sich als Gültigkeitserfordernis des Vertrages darstellt.

§ 15. Gibt es im heutigen Recht Realverträge?

Wenn wir auf Grund des eben dargelegten Ergebnisses unser heutiges Recht nach der Existenz von Realverträgen durchforschen, so kommen für eine nähere Untersuchung nur die Bestimmungen der §§ 598, 607, 688 BGB. und die über den Pfandvertrag in Betracht. Der in § 598 BGB. geregelte Leihvertrag muß mit der herrschenden Meinung[134]) als Realvertrag aufgefaßt werden. Einmal spricht für diesen die Tatsache, daß in den auf die Leihe bezugnehmenden Bestimmungen in keiner Weise von einer Pflicht zur Hingabe der zu leihenden Sache gesprochen wird; ein Umstand, der bei der Annahme eines Consensualvertrages seitens des Gesetzgebers ohne Zweifel seine Berücksichtigung in einer Gesetzesbestimmung gefunden hätte; dazu kommt, daß in den einschlägigen Bestimmungen nur von einer bereits vollzogenen Übergabe der Sache die Rede ist, was sich aus den Worten „geliehen" und „verliehen" ergibt[135]). Unsere Zustimmung kann jedoch der von der herrschenden Meinung zur Begründung der Auffassung der Leihe als Realvertrag herangezogene Vergleich des Wortes „gestatten" bei der Leihe mit dem beim Mietvertrag gebrauchten „überlassen"[136]) nicht finden. Wenn von dieser Seite ausgefürt

133) Berndt a. O. S. 26; Deiter a. O. S. 19 ff.; Gruner a. O. S. 7.

134) Oertmann Vorb. ad § 598; Crome II 587; Eck-Leonhard Verträge S. 505; Fischer-Henle ad § 598; Staudinger a. O. 1928 II S. 636; Enneccerus a. O. S. 429; Schloßmann S. 72; Planck a. O. S. 912.; Böttcher S. 31; Endemann 1903 § 183/1.

135) cr. auch Oertmann 1910 S. 643.

136) Enneccerus a. O. S. 429; Planck § 598/1; Staudinger II 636; Berndt S. 30; Deiter S. 17.

wird, daß das Wort „gestatten“ bereits darlegt, daß die Sache schon übergeben sein muß, ehe ein Leihvertrag zustandekommt und man bei einer entgegengesetzten Meinung das Wort „überlassen“ gewählt hätte, wie es z. B. beim Mietvertrag geschehen ist, weil man hier — bei einem Consensualvertrag — auf Grund des consensus schon zur „Gewährung“ bezw. zum „Überlassen“ der Sache verpflichtet ist; so wird hier übersehen, daß gerade aus bestimmten Gründen ein von dem bei der Leihe gebrauchten Worte „gestatten“ sich unterscheidendes gewählt wurde. Vor allem war hier die Tatsache mitbestimmend, daß aus der Miete nicht nur wie bei der Leihe ein Gebrauchsgestatten und nach Ablauf der Leihe eine Rückgabe als Pflichten uns entgegentreten, sondern aus diesem Schuldverhältnis noch andere Pflichten entstehen, deren Voraussetzung nicht erst in dem Überlassen der Sache gefunden werden kann, sondern die schon ohne Überlassung begründet werden. Zu denken wäre insbesondere an eine verlangte Zinspflicht[137]).

Besonders sind die verschiedenen Meinungen über das Bestehen von Realverträgen im heutigen Recht auf dem wichtigen Gebiete des Darlehnsvertrages aufeinandergeprallt. Schwierigkeiten bei der Lösung des eben erwähnten Problems wurden allein dadurch bedingt, daß von Seiten des Gesetzgebers eine eindeutige Definition des Begriffes „Darlehen“ nicht gegeben wurde. Wenn in den Motiven zu den, diesen Begriff regelnden Vorschriften deren Fehlen damit begründet wurde, daß sich im Rechtsleben dieser Begriff schon derartig eingebürgert hat, daß eine Definition desselben entbehrlich sei[138]), so kann daraus nicht gefolgert werden, daß diese eine Entscheidung in ihrem Sinne nicht geben wollten, vielmehr

137) Oertmann a. O. S. 643. A. M.: für Consensualtheorie v. Tuhr a. O. S. 150; Cosack II § 154, III; Hellmann a. O. S. 222; Reichs-Ger.-Räte K. Vorb. ad § 598/2; Windscheid-Kipp II 591 ff.; Kohler Lehrb. S. 237.

138) Motive II S. 305 ff.

spricht dies insofern eher für die von ihnen vertretene Theorie, als eine „allgemein eingebürgerte Definition" auf das Bestehen der Realvertragstheorie hindeutet. Auch die übrigen Stellen in den Motiven weisen eher auf die Existenz einer Realvertragstheorie im geltenden Recht hin. So besonders die Stelle: „Wird dem Empfänger durch die Hingabe nicht Eigentum verschafft, so liegt ein gültiges Darlehn nicht vor"[139]). Hier zeigt es sich deutlich, daß die „Hingabe" ein Qualitätserfordernis darstellt. — Zwar ist die eben genannte Stelle in den von der zweiten Kommission zusammengestellten Protokollen und Motiven nicht mehr aufgenommen worden, weil diese Bestimmung nicht nur etwas „Selbstverständliches" enthalte, sondern auch insofern, als sie zu der falschen Annahme verleiten könne[140]), daß nur durch die mit der Hingabe erfolgende Eigentumsverschaffung die Darlehnssumme erlangt werden kann, eine solche Erlangung jedoch auch durch Begründung eines Forderungsrechts erfolgen kann. Das Fehlen dieser Stelle kann jedoch nicht allein maßgebend sein, um ein Argument für die Consensualtheorie herzuleiten, — wie z. B. Gruner[141]) glaubt. Er kommt auf Grund seiner Ausführungen zu dem Ergebnis, daß, wenn eine Darlehnsbegründung auch durch Verschaffen eines Forderungsrechts möglich ist, ein Auseinanderfallen von Darlehnsbegründung und Leistung erfolgen muß, da nicht das Leistungsgut der Forderung, sondern das Sachgut des Geldes Leistung im Sinne des § 607/I BGB. ist. Ein Ergebnis, das sich nach Gruner insofern mit dem Wesen der Realkontraktstheorie nicht vereinbaren läßt, als der Darlehnsvertrag von der Qualitätserfordernis bildenden Leistung abhängt[142]). — Selbst wenn man die Richtigkeit dieser Argumentation zugeben wollte, kann sie doch nicht zu einer Entkräftung der für eine Realvertragstheorie

139) Motive II S. 307, 443.
140) Protokolle II S. 168.
141) Gruner a. O. S. 20.
142) a. O. S. 24.

sprechenden Gründe führen; handelt es sich doch hier bei der Darlehnsbegründung durch Einräumung eines Forderungsrechts nur um eine — wie Gruner selbst zugibt — Abweichung von der regelmäßig in anderer Form sich vollziehenden Darlehnsbegründung. Doch wir brauchen nicht erst auf die Motive und Protokolle zu unserem Bürgerlichen Gesetzbuch zurückzugreifen, auch der Wortlaut des Gesetzes selbst zwingt uns zur Bejahung der Gültigkeit oben vertretener Realvertragstheorie beim Darlehn. Besonders der des § 607[143]), wonach derjenige, der Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehen empfangen hat, verpflichtet ist, dem Darleiher das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten. Aus dieser Bestimmung folgt, daß die Rückgabepflicht erst nach erfolgter Hingabe der Sachen eintritt. Diese Rückgabepflicht gehört aber mit zu den, aus dem Darlehnsvertrage entspringenden Wirkungen. Die Wirkungen eines Vertrages treten jedoch nur bei Gültigkeit desselben ein. Da nun die Wirkungen der Rückgabepflicht erst nach erfolgter Hingabe eintreten, so muß diese Hingabe ein Gültigkeitserfordernis des Darlehnsvertrages sein. Neben dieser wichtigen Bestimmung spricht auch ferner die vom Gesetzgeber als Schlußparagraph aufgestellte Vorschrift des § 610[144]). Die in dieser Vorschrift erfolgte Regelung des Darlehnsversprechens hat nur dann guten Sinn, wenn durch diese eine Trennung desselben als Abschließungsvertrag von dem, durch diesen später ins Leben zu rufenden Erfüllungsvertrag, der uns als Realkontrakt entgegentritt, erstrebt wird. Von anderer Seite wird dagegen geltend gemacht, daß diese Bestimmung des § 610 BGB. eher für das Konsensualdarlehen zutreffe,

143) Kuhlenbeck J. W. 1904 S. 377; Enneccerus a. O. S. 433; RG. 71/117; Cosack-Mitteis a. O. S. 631; Cohn in Endemann Bd. 3/843; Kinne a. O. S. 472; RG. 52/303; — a. M. Lübbert a. O. S. 367; K. Weber a. O. S. 8; Hohenstein a. O. S. 32.

144) Degenkolb S. 57; Cosack a. O. S. 510; Staudinger II 1928 § 651; Reichsgerichts-Komm. ad § 607; a. M. Witter S. 18; Lübbert a. O. S. 367; Weber a. O. S. 18.

da die „Hingabe eines Darlehns“ nur bedeuten könne, „wer die Hingabe einer Darlehnssumme verspricht“[145]). Doch kann diesem Einwande entgegengehalten werden, daß diese Anfangsworte nur den Sinn haben können, „wer den Abschluß eines Darlehnsvertrages durch Hingabe einer Darlehnssumme“ verspricht[146]). Auch das von Hoeniger[147]) geäußerte Bedenken, die Annahme des Bestehens einer Realvertragstheorie beim Darlehen würde dazu führen, eine doppelte Beurkundung von den Parteien zu verlangen, kann nicht von maßgebender Bedeutung sein, da in fast allen Fällen die durch den Abschließungsvertrag erzielte Befriedigung künftiger Bedürfnisse von derartiger Bedeutung ist, daß die durch Wiederholung der Form bedingten Unkosten kaum ins Gewicht fallen; besonders wenn es sich — wie in dem von Hoeniger herangezogenen Fall — um die Schenkung eines Fabrikgrundstückes nebst einem unverzinslichen Darlehen in Höhe von 10000 M. zur Erweiterung der Fabrikanlage handelt. — Für die Realvertragstheorie kann dagegen der Sprachgebrauch[148]) herangezogen werden; denn mit den Worten „ich habe mir für die kommende Reise schon das Geld geliehen“ will man — und es kann auch von niemandem anders aufgefaßt werden — nur sagen, daß man das Geld bereits in den Händen hat, während eine noch zu erfolgende Auszahlung einer Darlehnssumme seitens des Darlehnsgebers nur mit den Worten „ich werde für die kommende Reise das Geld geliehen erhalten“ ausgedrückt zu werden pflegt. Die Verneinung der Existenz eines Realvertrages beim Darlehen und die Annahme eines consensualen Charakters desselben würden ferner uns die Möglichkeit einer Sicherung der Befriedigung künftiger Geldbedürfnisse für kommende Zeiten nehmen, die gerade aus praktischen Gründen geboten erscheint;

145) Krahmer a. O. S. 46; Schloßmann a. O. S. 71.
146) cr. auch Berndt S. 27.
147) Hoeniger a. O. S. 278 ff.
148) So auch Kinne a. O. S. 470.

denn Abschließungsverträge dürften nicht mehr in Betracht kommen, da durch die Vereinbarung bereits die aus dem Darlehnsvertrag fließenden Rechte und Pflichten zur Entstehung gelangen. Außerdem führt die Konstruktion eines konsensualen Darlehns in seiner Anwendung auf das Rechtsleben zu Ergebnissen, die dem Wesen desselben direkt widerstreiten — worauf wir später noch zurückkommen werden. Wir werden daher feststellen müssen, daß auch beim Darlehnsvertrag eine Änderung der realkontraktlichen Natur nicht erfolgt ist[149]) und daher auch die Hingabe als Qualitätserfordernis denselben zur Entstehung bringt; daß ferner die demselben vorausgehende Vereinbarung sich als Abschließungsvertrag zu dem späteren Realvertrag darstellt, der nicht etwa — was u. a. von Suffrian[150]) behauptet wird — eine jedem Darlehnsvertrage „typische, demselben stets vorausgehende Erscheinung ist", sondern diesem wohl vorausgehen kann. Neben dem in dem römischen Recht als pignus bezeichneten Realkontrakt hat auch der vierte der im römischen Recht geltenden Realverträge, der Verwahrungsvertrag, seinen Charakter bewahrt[151]). Nicht nur beruht die Rückgabepflicht auf der Hingabe und Einigung zusammen nach der Verkehrsauffassung, auch aus dem Wortlaut des Gesetzes selbst läßt sich ein für die Entscheidung der Frage nach dem Bestehen bezw. Nichtbestehen eines Realkontraktes bei der Verwahrung wichtiges Argument folgern. Der dieses Rechtsgebilde regelnde § 688 BGB. spricht ausdrücklich von einer „übergebenen" Sache; als Qualitätserfordernis tritt uns aber auch hier die Hingabe der Sache entgegen. Ein mit consensualem Charakter ausgestatteter Verwahrungsvertrag könnte ferner nicht mit

149) Im Ergebnis übereinstimmend mit RG. 71/117; Seuffert Archiv 53 Nr. 99; Kinne a. O. S. 466.

150) a. O. S. 3.

151) Ebenso: Planck a. O. S. 912; Oertmann a. O. ad § 688; Ennecc. 1927 S. 507; Kuhlenbeck J. W. 04 a. O. 225; Stintzing S. 70 ff.; W. Koch S. 19; Fischer-Henle § 688/2; Cosack-Mitteis a. O. S. 707; — a. M. v. Tuhr S. 150.

den übrigen für den Verwahrungsvertrag aufgestellten Vorschriften in Einklang gesetzt werden; denn, wie schon Oertmann[152]) darlegte, würde bei einem bestehenden entgeltlichen Verwahrungsvertrag konsensualer Natur eine von Seiten des Hinterlegers erfolgende Kürzung der vereinbarten Vergütung durch Rücknahme der Sachen nicht möglich sein. Der oben zur Begründung der realen Natur des Darlehnsvertrages herangezogene „Sprachgebrauch" bekräftigt auch hier unsere Auffassung. Die bisher angeführten Gründe dürften wohl genügen für die von uns in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung aufgestellten Behauptung, daß auch bei dem Leihvertrag von einem konsensualen Charakter desselben nicht die Rede sein kann. — Zusammenfassend läßt sich sagen, daß in dem heute geltenden Recht noch drei Rechtserscheinungen bestehen, welche die dem Realvertrag charakteristischen Merkmale in sich tragen[153]).

§ 16. Folgen unseres Ergebnisses.

Die eben durchgeführte Untersuchung der Frage nach dem Bestehen von Verträgen realer Natur im heutigen Recht ist nicht nur von theoretischem Interesse, sondern hat auch — wie aus den folgenden Ausführungen ersichtlich wird — einen praktischen Wert; müssen doch die Fragen der Aufrechenbarkeit, der Pfändbarkeit usw. teilweise eine verschiedene Beantwortung erfahren. So z. B. schon bei der Frage nach dem Zustandekommen eines Vertrages beim Fehlen der Geschäftsfähigkeit. Wenn wir den Fall betrachten, daß A. und B. einen Vertrag vereinbaren; B. jedoch nach einiger Zeit wegen Geisteskrankheit entmündigt wird und dadurch seine volle Geschäftsfähigkeit verliert, dann würde nach der, bloßen Consensus zum Zustandekommen eines Vertrages voraussetzenden Consensualtheorie ein gültiger Vertrag entstanden sein, da bei

152) Oertmann a. O. II. S. 737.

153) Regelsberger Jhr. Bd. 52; Eisele a. O.

Abschluß des definitiven Vertrages Geschäftsfähigkeit vorlag. Anders dagegen nach der Realvertragstheorie: hier würde die unter den Parteien erfolgte Einigung nur die Bedeutung eines Abschließungsvertrages haben, der zwar auch einen Anspruch erzeugt, jedoch nur einen auf Abschluß des späteren Erfüllungsvertrages, Realvertrages, gerichteten. Letzterer muß jedoch die zur Entstehung jeden Vertrages erforderliche Geschäftsfähigkeit aufweisen, ein Umstand, der bei noch bestehender Geisteskrankheit des einen Vertragsteiles zur Zeit der Geltendmachung des aus dem Abschließungsvertrage fließenden Anspruches, das Zustandekommen des Erfüllungsvertrages und damit das Eintreten der von den Parteien erstrebten Wirkungen desselben verhindert. Die durch die beiden Theorien bedingte Verschiedenheit der Folgerungen soll ferner hauptsächlich auf dem Gebiete des Verzuges in Erscheinung treten. Nicht so sehr beim Verzuge des Verwahrers und Verleihers. Sie kommen in Verzug, wenn sie die zur Verwahrung angebotene bezw. vom Entleiher verlangte Hingabe der Gegenstände nicht verwahren bezw. nicht annehmen, und zwar nach der Consensualtheorie beim Verwahrungsvertrag im Augenblick des Angebots der zu verwahrenden Sache; nach der Realvertragstheorie stellt die bloße Einigung nur einen Abschließungsvertrag dar, aus dem der Anspruch auf Abschließung des späteren Realvertrages entspringt. Die Geltendmachung des letzteren Anspruches wird aber in der Weise erfolgen, daß der zukünftige Hinterleger die Sache dem aus dem Abschließungsvertrag verpflichteten zukünftigen Verwahrer anbietet. Verweigert derselbe die Annahme, so bedeutet dies Verweigerung der Mitwirkung beim Abschluß des Erfüllungsvertrages; da diese Mitwirkung die von dem Gläubiger von dem Schuldner zu fordernde, in einem Tun bestehende Leistung bildet, so kommt er durch seine Weigerung in Verzug. Ein Unterschied wird also durch die beiden Theorien nicht geschaffen; vielmehr führen diese zu dem gleichen Ergebnis. Schwieriger gestaltet sich

schon die Untersuchung der Wirkungen einer Anwendung der einzelnen Theorien auf den Darlehnsvertrag für den Fall des Eintritts eines Verzuges auf Seiten des Darlehnsnehmers. Hier entsteht der Darlehnsvertrag und die aus demselben entspringenden Pflichten und Rechte schon im Augenblicke der bloßen Einigung, wenn man der Consensualtheorie den Vorzug geben will. Der Darlehnsgeber ist verpflichtet, das gewährte Darlehn dem Darlehnsnehmer zu leisten, während der letztere das Empfangene später zurückzuerstatten hat. Nimmt der Darlehnsnehmer den angebotenen Betrag nicht an, so kommt er dadurch in Gläubigerverzug und es treten die Wirkungen desselben ein. — Nach der Realvertragslehre besteht eine direkte, in der Auszahlung der Summe bestehende Leistungspflicht auf Seiten des Darlehnsgebers bei einer stattgefundenen bloßen Einigung noch nicht, vielmehr nur eine solche, die sich als Mitwirkung beim Abschluß des Darlehnsvertrages offenbart. Der Darlehnsgeber soll nun nach Kohler[154]) die Mitwirkung des Darlehnsnehmers verlangen können; verweigert dieser dieselbe, so kommt — da diese sich als eine Leistung, zu der der Schuldner aus dem Abschließungsvertrage verpflichtet ist, darstellt — der Darlehnsnehmer in Leistungsverzug, und dessen Wirkungen treten ein. Aus den verschiedenen Wirkungen, die sich beim Leistungsverzug und beim Annahmeverzug ergeben, glaubt Kohler nun ein Argument gegen die Realvertragstheorie folgern zu können. Wenn nach der Consensualtheorie bei Verzug der Annahme seitens des Darlehnsnehmers die Wirkungen des Gläubigerverzuges: also Gefahrübergang und Zinspflicht eintreten, sodaß dadurch der Geldnehmer den eventuellen Verlust der Summe an Stelle des Darlehnsgebers zu tragen hat, so können wir Kohler zustimmen, daß dieses Ergebnis der Billigkeit insofern entspricht, als derjenige, der die Gefahr für die Leistungen eines Vertragteiles heraufbeschwört, diese Gefahr auf sich zu nehmen hat. Kohler

154) a. O. Bd. 33 S. 11 f.

glaubt die Realvertragstheorie beim Darlehn ablehnen zu müssen: diese führe nämlich zu dem Ergebnis einer Haftung des Schuldners nur wegen Fahrlässigkeit, wenn man die Möglichkeit eines Verzuges des Darlehnsnehmers bejaht. Ist dies aber der Fall, so muß man zu dem unbilligen Ergebnis gelangen, daß „im Falle der Verweigerung des Abschlusses eines Realdarlehnsvertrages und der damit verbundenen Annahme des Geldes aus unverschuldetem, z. B. auf Seiten des Erben vorliegenden Irrtum, der Geldgeber den Verlust zu tragen hat, der vielleicht das Geld aus einer gewinnbringenden Anlage herausgezogen hat, um seine Vertragspflichten zu erfüllen"[155]), und deshalb diese Theorie beim Darlehn abgelehnt werden muß, erscheint m. E. nicht angebracht. Zwei verschiedene Möglichkeiten können in dem von Kohler gewählten Beispiel in Betracht kommen. Zunächst kann der Geldgeber Gläubiger aus dem Abschließungsvertrage sein und von dem Erben die Mitwirkung verlangen; dieser Fall kann aus folgenden Erwägungen heraus nicht von Bedeutung sein: Durch den Abschluß eines Abschließungsvertrages verschafft sich die eine Partei die Möglichkeit, durch einen Rechtsakt in einer unabhängig von dem Willen der anderen erfolgenden Weise, die Wirkungen eines Vertrages zwischen diesen beiden hervorzurufen. Der erstrebte wirtschaftliche Zweck ist die Sicherung der Befriedigung künftiger Bedürfnisse für die Zukunft, ohne daß der Gläubiger rechtlich gezwungen ist, von diesem Abschließungsvertrage Gebrauch zu machen. Als Gläubiger wird daher meistens nicht der Darlehnsgeber, sondern der Darlehnsnehmer auftreten; denn gerade bei ihm wird die Sicherung der Befriedigung künftiger Bedürfnisse, z. B. Sicherung von Geldmitteln für die Ausführung künftiger Anlagen innerhalb des Fabrikunternehmens, erforderlich sein. Zwar läßt sich auch der Fall denken, daß der Darlehnsgeber einen Abschließungsvertrag zur Sicherung der Unterbringung seines Kapitals

155) Kohler a. O. Bd. 33 S. 12.

und somit des Zinsgenusses für die Zukunft vereinbart und er als Gläubiger von der anderen Partei die Mitwirkung zum Abschluß des Darlehnsvertrages verlangen kann; aber diesen Fall wird Kohler kaum im Auge gehabt haben und selbst wenn, nicht für die Entscheidung der Frage nach der richtigen Theorie; denn einmal kommt dieser als zu fern liegend kaum in Betracht und ferner würde dann der Gläubiger niemals sein Kapital aus „einer sicheren Anlage" ziehen, zumal der Abschluß des neuen Vertrages in seinem Belieben steht. Aber auch die zweite Möglichkeit, daß der Erblasser mit dem Darlehnsgeber einen Abschließungsvertrag getätigt, vor seinem Tode die Erfüllung desselben als Gläubiger verlangt hat und nun der Darlehnsgeber sein Kapital aus einer sicheren Anlage nimmt, um es dem Erben anzubieten, kann nicht als Argument für die Consensualtheorie in Frage kommen. Gläubiger in diesem Falle ist der Erblasser, denn er konnte von dem Darlehnsgeber den Abschluß verlangen, daran ändert auch der eintretende Todesfall nichts, vielmehr wird an seiner Stelle jetzt der Erbe Gläubiger; nimmt dieser die ihm angebotene Leistung nicht an, dann kommt er eben in den Gläubigerverzug. — Wollte man auch auf Seiten des Darlehnsnehmers die Möglichkeit eines Schuldnerverzuges bejahen, dann käme man zu dem seltsamen Ergebnis, daß wir einen Vertrag vor uns haben, bei dem zwar ein Gläubiger und ein Schuldner als Parteien in Erscheinung treten, jedoch ein Gläubigerverzug nicht vorliegen kann; denn verlangt der „Gläubiger" (Darlehnssucher) die Mitwirkung und verweigert der Darlehnsgeber diese, so kommt letzterer in Leistungsverzug. Bietet letzterer dem Darlehnssucher die verlangte Leistung an und verweigert dieser die „Annahme", so verweigert er nach Kohler ebenfalls „die Mitwirkung zum Abschluß des Realvertrages" und muß in den Schuldnerverzug kommen. Richtiger ist es daher, bei Verzug auf Seiten des Darlehnsnehmers Gläubigerverzug anzunehmen. Eine zwischen Consensual- und Realvertragstheorie eintretende

Verschiedenheit bezüglich der Verzugswirkungen würde daher nicht in Erscheinung treten.

Von Bedeutung ist die eben erwähnte Scheidung in zwei Theorien noch für das Gebiet der Aufrechnung. Nach der von uns vertretenen, bereits dargelegten Ansicht dürfte eine Aufrechnung gegen eine Darlehnsforderung überhaupt unzulässig sein und damit auch verschiedene Wirkungen der beiden Theorien auf dem Gebiete der Aufrechnung nicht hervorgerufen werden. Diese Theorien werden aber zu verschiedenen Ergebnissen führen müssen, sobald man die von uns abgelehnte Möglichkeit einer Aufrechnung gegen Darlehnsforderungen bejaht. Nach der Consensualtheorie[156]) würde der Consensus dann genügen, um den Vertrag ins Leben zu rufen, also ein Anspruch gegen den Darlehnsgeber auf Zahlung einer Geldsumme bereits bestehen. Anders dagegen nach der Realvertragstheorie[157]) — wie schon oben bereits erwähnt wurde —; hier würde die bloße Einigung nur als Abschließungsvertrag zu dem späteren Darlehnsrealvertrag gewertet werden, aus dem nur ein Anspruch auf Mitwirkung beim Abschluß des Erfüllungsvertrages entspringt und bei dem daher dem Erfordernis der Gleichartigkeit der Forderungen nicht genügt ist.

Ferner tritt ein Unterschied bezüglich der Folgerungen auch in § 652 BGB. hervor[158]). Wenn jemand nach § 652 für den Abschluß eines Vertrages einen Maklerlohn verspricht, so muß er dieses Versprechen erfüllen, wenn infolge des Nachweises der Vertrag zustande kommt. Der Zeitpunkt des Zustandekommens ist aber nach beiden Theorien ein verschiedener: während nach der Consensualtheorie die bloße Einigung bereits ausreichend ist und ein Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß des Vertrages bereits zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, wird der

---

156) Ennecc. 1922 S. 436; Berndt S. 59; Deiter S. 83; RG. 56/236; 50/303; 66/359.

157) vgl. Anm. 156 oben.

158) Cosack Lehrb. I § 142.

Nachweiser des Abschlusses eines Realvertrages erst nach der Hingabe der „res“ eine Forderung geltend machen können.

Zum Schluß muß noch auf die bei der Pfändbarkeit hervortretende Verschiedenartigkeit der Ergebnisse einer Anwendung der beiden Lehren hingewiesen werden. Oben haben wir bereits nachgewiesen, daß die Übertragbarkeit eines Anspruches aus dem Abschließungsvertrage verneint werden muß; hauptsächlich aus dem Grunde, weil für den Inhalt z. B. des Darlehnsanspruches die Kreditwürdigkeit des Schuldners mitbestimmend ist, jede Änderung in der Person somit Änderung des Inhaltes bedeute (§ 399 BGB., § 851 ZPO.). Anders beim Consensualvertrag: Hier wird nicht der Anspruch auf Abschluß eines Erfüllungsvertrages, sondern nur der Anspruch auf eine Geldforderung erzeugt. Da nach § 851 ZPO. nun pfändbar nur solche Forderungen sind, die übertragbar sind, so wird man beim Consensualdarlehen die Pfändbarkeit der Forderung grundsätzlich bejahen müssen[159]), zumal die in § 399 BGB. für die Übertragbarkeit und daher auch Pfändbarkeit der Forderung errichtete Schranke beim Consensualdarlehn insofern nicht in Betracht kommt, als die Geldsumme ein der Pfändung unterworfener Gegenstand ist (§ 851/2 ZPO.). Aus dieser Verschiedenheit der durch die beiden Theorien bedingten Folgerungen kann jedoch nicht — wie es verschiedentlich[160]) versucht wurde — ein Argument für die Realdarlehnslehre gefolgert werden, denn eine Schädigung des Darlehnsgebers kann durch die Einrede eines Vermögensverfalles auf Seiten des Darlehnsnehmers vermieden werden, würden doch die Gläubiger desselben erst auf die Forderungen aus einem bestehenden Darlehnsvertrage zurückgreifen, wenn alle übrigen Vermögensstücke bereits gepfändet sind. Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die Unterscheidung zwischen Consensualtheorie und Realvertragstheorie nur in einigen Fragen zu praktisch verschiedenen Ergebnissen führt.

---

159) Lübbert a. O. S. 379.

160) Kinne a. O. S. 472.

Lebenslauf.

Ich, Wilhelm Kerstjens, kath. Konfession, wurde am 8. Juli 1904 als Sohn des Regierungsoberinspektors Heinrich Kerstjens und seiner Ehefrau Käthe geb. Tornes zu Amanvilliers, Kreis Metz, geboren. Von Ostern 1911 an besuchte ich die Goethe-Schule zu Berlin-Wilmersdorf, die ich Ostern 1924 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich widmete mich zunächst dem staatswissenschaftlichen Studium an der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin, wandte mich dann der Rechtswissenschaft zu und studierte 3 Semester an der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin und 4 Semester an der Philipps-Universität zu Marburg. Am 31. Januar 1929 bestand ich am Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung und wurde bald darauf zum Referendar im Bezirke des Kammergerichts ernannt. Meine mündliche Doktorprüfung bestand ich am 11. Juli 1929.

Es sei mir an dieser Stelle gestattet, Herrn Geheimrat Prof. Dr. Leonhard für das mir entgegengebrachte Interesse und die mir erwiesene Unterstützung meinen ergebendsten Dank auszusprechen.